J. pract.
93
Sc
Fiche

J. pract. 93 5C

Fiche

Goldschmidt

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Abhandlungen

aus dem

deutschen gemeinen

Civilproceße

von

Dr. Carl Leopold Goldschmidt.

Frankfurt am Main 1818,

Verlag der Hermannschen Buchhandlung.

251. D.

Es erben sich Gesetz' und Rechte
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte,
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohlthat Plage;
Weh dir, daß du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider! nie die Frage.

Göthe.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorwort.

Mehr als er vermag, kann niemand bieten, so in Kunst wie in Wissenschaft; wer nur redlich gestrebt, und beut was er vermochte, darf freundliche Nachsicht ansprechen. Um diese, geneigter Leser, bittet der Verfasser, der ernst und treu nach Wahrheit forschte, und dir in folgenden Abhandlungen die Resultate seiner Forschungen vorlegt.

Wohl jedes Recht heischt geschichtliche Behandlung, am meisten das sogenannte gemeine deutsche, und wieder von seinen Theilen am meisten der Proceß; während so vielen Lehren des gemeinen deutschen Civilrechtes geschichtliche Entwicklung der römischen Gesetzgebung genügt, ist dies bei keiner einzigen des Proceßes der Fall. Dieser, in einem Freistaate gebohren und er:

blüht, auf eine Monarchie übergegangen, aus ihr in eine Hierarchie verpflanzt, und von da für einen monarchisch-republikanischen Staatenbund entnommen, muß, seiner Natur nach von der Staatsverfassung abhängig, an ursprünglicher Gestaltung nothwendig, wo nicht diese ganz verlohren haben. Es scheinen aber unsre Proceßlehrer dies nicht so einzusehen, wenigstens halten sich in den Noten zu unsren Proceß-Compendien christliche und heidnische Juristen, des Reiches und der Kirche Oberhaupt, Kaiser und Stände brüderlich umschlungen, und ist da nichts von deren verschieden gearteten Zeiten und Ansichten, Wollen und Wirken zu ersehen, recht als hätten sie sämmtlich auf einen gemeinschaftlichen Zweck hingearbeitet, den nehmlich, unsren Proceß hervorzubringen und zu bilden, an den in Wahrheit die wenigsten, um nicht zu sagen keiner von ihnen dachte. Aber in einem andren Sinne haben sie ihn wirklich hervorgebracht und gebildet, wie überhaupt die Vergangenheit die Gegenwart und diese die Zukunft zeugt und vorbereitet, wie im Strome der Zeit Welle auf Welle drängt und Welle in Welle zerfließt; darum müssen die verschiednen Gesetzgebungen, wie in der Wirklichkeit so in der Theorie auf und aus einander folgen; von jeder ein-

zelnen Lehre muß Entstehen und Fortschreiten, Ausbildung auch nicht selten Verbildung sichtbar seyn, und keine darf, eine Trümmer-Masse, lawinenartig auf uns hereinstürzen und um uns herliegen.

Die Abhandlungen sollen hinweisen auf den Nutzen und die Nothwendigkeit geschichtlicher Behandlung auch dieses Theiles des gemeinen deutschen Rechtes; die Materien sind zufällig gegriffen; keine hat dermaßen unbedeutend geschienen, daß sie nicht eine Untersuchung verdient, keine dermaßen schwierig, daß sie nicht eine zugelassen hätte.

Als das Recht noch auf freiem Markte und in freier Rede lebte und wirkte, half es die Zeit bilden, seit es begraben in verschloßner Kammer und gebundner Schrift, bequemt es sich nach der Zeit und ihren Bequemlichkeiten, seitdem pflegt, wenigstens beim gerichtlichen Verfahren, die Praxis der vorhergehenden Periode in der folgenden zum Gesetze erhoben zu werden; wer solche Gesetze würdigen und verstehen will, lerne die ältere Praxis kennen, er wird alsdann nicht selten den Lehrstuhl oder das Lehrbuch, ja, oft zugleich das in denselben misverstandne ältere Gesetz nachweisen können, dem manches gepriesene neue seine Entstehung verdankt.

Vom Zeitabschnitte der päbstlichen Gesetzgebung an berücksichtigen deshalb die Abhandlungen zugleich Gesetz und Praxis, aus demselben Grunde den Entwurf eines Civilproceß=Codex des Hrn. von Gönner; dieser scharfsinnige Proceßlehrer darf wohl als Stimmführer der deutschen Praktiker und Proceß=Gesetzgeber unsrer Zeit betrachtet werden.

Einzig dem, was er als Wahrheit erkannte, folgend, glaubte endlich der Verfasser seine Meinung allenthalben ohne Falsch wie ohne Hehl, ohne Freundschaft wie ohne Feindschaft äußren zu müssen, und wünscht sich auf ähnliche Weise behandelt zu sehen.

Frankfurt am Main im Januar 1818.

Inhalts-Anzeige.

	Seite
I. Geschichte des Klaglibells	1.
II. Ueber proceßhindernde Einreden	11.
III. Ueber die Widerklage	20.
IV. Ueber das jusjurandum calumniae und ihm verwandte Nebeneide	31.
V. Ueber das ordentliche Beweisverfahren	51.
VI. Vom Beweise zur Gewissensvertretung	70.
VII. Ueber den Editions-Eid	80.
VIII. Ueber den Diffessions-Eid	92.
IX. Ueber Vergleichung der Handschriften	101.
X. Ueber Nichtigkeiten	111.
XI. Ueber Supplication und Revision	124.
XII. Von vertragsmäßigen Schiedsrichtern	135.

I.

Geschichte des Klaglibells.

§. 1.

Römisches Recht.

Den Anfang des Rechtsstreites machte die in jus vocatio und actionis editio (1), letztere konnte auch vermittelst eines Libelles geschehen (2). In zur jurisdictio voluntaria gehörigen Sachen wurden den Magistraten Libelle übergeben, doch nur in solchen, die einer causae cognitio und eines decretum nicht bedurften (3), den Kaisern, selbst in zur jurisdictio contentiosa gehörigen Sachen (4). Bis zu Kaisers Justinian und in dessen

1) Meine Abhandlung, Ueber Litis Contestation und Einreden, Frankfurt a. M., 1812, Abschnitt I, §. 2, ibiq. cit.

2) L. 1 §. 1 D. de edendo (2. 13).

3) L. 2 vergl. m. L. 9 §. 1 D. de officio procons. (1. 16), L. 15 D. de in jus voc. (2. 4), L. 13 §. 10, L. 25 D. de excusat. (27. 1), L. 29 D. de lege Corn. de falsis (48. 10), L. 6 C. de praediis minor. (5. 71), L. 2 C. quemadmodum testam. aper. (6. 32), Noodt, de jurisd. et imper., I, 10.

4) Unten XI, 1, Brissonius, de V. S., v. libellus, de formulis, III, 21.

Zeiten hatte die Gerichtsverfassung sich von der älteren vielfach verschieden (1), insbesondere aber die in jus vocatio und editio actionis folgendergestalt um- und ausgebildet. Der Kläger reichte gerichtlich einen eigenhändig oder von einem Tabularius für ihn unterzeichneten (2) Klaglibell ein, und leistete eine vorgeschriebene Bürgschaft (3); dieser Libell ward dem Beklagten mitgetheilt, der nach vorschriftmäßig gemachter Bürgschaft, gezahlten Sporteln, und bescheinigtem Empfange zwanzig Bedenktage hatte, ob er die Fordrung anerkennen, mit dem Gegner sich vergleichen, den Richter recusiren, oder ihm einen andren adjungiren lassen wollte; erst nach Verlauf dieser 20 Tage geschah die Litis Contestation (4). Ueber die Fassung des Klaglibelles existiren keine bestimmte Vorschriften; er sollte jedoch den Beklagten von den klägerischen Ansprüchen in zu seiner Vertheidigung hinlängliche Kenntniß setzen, war in so fern an die Stelle der editio actionis des älteren Rechtes getreten, und nach deren Regeln, in so weit sie noch paßend waren, zu beurtheilen (5).

---

1) M. vergl. Ueber Litis Contestation und Einreden, I, 4.

2) Nov. 112, c. 2.

3) Nov. 96, c. 1, Nov. 112, c. 2.

4) Nov. 53, c. 3, Nov. 82, c. 10 in fi.. Man vergl. auch L. (rest.) 4 C. de in jus voc. (2. 2), L. ult. C. de annali exc. (7. 40). Die in jus vocatio und actionis editio des älteren Rechtes fielen auf diese Weise zusammen, und geschahen gleichzeitig.

5) Donellus, Comment. J. C, XXIII, 3, 4, Giphanius, Explanatio etc. Cod. Just., ad L. 3 C. de edendo (2. 1).

§. 2.

Päbstliches Recht.

(X 2. 3.)

Die justinianische Lehre ward in's kanonische Recht übertragen (1), und als gesetzliche Norm beobachtet (2). In der Regel war ein Klaglibell erforderlich (3), der sowohl rücksichtlich des Gegenstandes als Grundes der Klage richtig und klar seyn (4), nicht aber diese benennen mußte (5).

Die Praxis variirte einigermaßen darin, daß in manchen Gerichten der Klaglibell bei der Citation dem Beklagten sogleich mit insinuirt ward, in andren aber, und zwar gewöhnlicher, reichte der Kläger erst im Termine, wo der vorgeladene Beklagte erschien, den Klaglibell doppelt ein (6), von wo an dem Beklagten eine gewöhnlich zwan-

1) Decr. Grat. P. II., c. 3, q. 3, c. 4, §. 5.

2) Auth. Offeratur C. de L. C. (3. 9).

3) C. 1 X h. t., Glossa ad h. c., Auth. offeratur cit.. — Ueber die Ausnahme, Clem. saepe de V. S. (5. 11), Gonzalez Tellez, in Decr., ad c. 1 cit., No. 9 sqq.

4) C. 2, 3 X h. t., c. 15 X de judiciis (2. 1), c. 3 X de dilat. (2. 8), c. 49 X de appell. (2. 28).

5) C. 6 X de judiciis (2. 1), c. 3 de Sent. et re judic. in 6to. (2. 14). Donellus, Comm., XXIII., 4, in L. 3 C. de edendo (2. 1), No. 11, J. H. Boehmerus, I. E. P., h. t., §. 3.

6) Odofredus, de ordine judiciorum, No. 6, 18, in Tractatus illustr. ICtor., de judiciis, T. III, P. 1, (Venetiis, 1584), fol., Guido de Suzaria, de eod. arg., No. 1. (ibid.), J. Gentilis, de eod. arg., No. 10 (ibid.), Tancretus, de

zigtägige Frist zur Erklärung vorberaumt ward (1). Der Libell ward nach Verschiedenheit der Klage verschieden abgefaßt (2), mußte klar (3), nicht aber die Klage in demselben benannt seyn (4), galt als Regel (5), machte den Richter, Kläger und Beklagten nahmhaft (6), zerfiel in Geschichtserzählung und Conclusion oder Petition (7), oder bildete nach andren durch das eingeschobene medium (causa) conclusionis (petendi) einen Syllogism (8); mehrere Clauseln waren bei demselben üblich (9), auch konnte er, vorzüglich bei cumulirten Klagen und Bitten, sich in mehrere Capitel theilen (10).

---

eod. arg., II., de citat., de libell. format., (ibid.), Durandus, Speculum juris, II, 1, h. t., De Ferrariis, Praxis aurea, II, 1, No. 15.

1) De Ferrariis, l. c., No. 16.

2) Glossa ad c. 2 X h. t., Guido de Suzaria, l. c., No. 1. sqq., Tancretus, l. c. et Tit. sqq., Odofredus, de libellis formandis, (ibid., P. II), H. Barensis, de eod. arg., (ibid., P. II), P. Jacobus, Practica aurea (Lugduni 1511), 4.°, Durandus, l. c., de actione s. petitione, De Ferrariis, l. c., Nr. 17 sqq..

3) De Ferrariis, II, 1.

4) Guido de Suzaria, l. c., De Ferrariis, II, 1, No. 24, Alciatus, Compendium judiciarii processus, (Coloniae, 1556) 8.°, fol. 19.

5) De Ferrariis, l. c., No. 25.

6) Alciatus, Fol. 20.

7) De Ferrariis, II, 2.

8) Alciatus, l. c., Zasius, ad Tit. J. de actionib., I, 14, Giphanius, l. c.

9) Giphanius, l. c, man vergleiche, z. B., De Ferrariis, II, Alciatus, Fol. 20, 21.

10) Durandus, II, 2 de l. c. §. 2, De Ferrariis, l. c.

§. 3.

Reichsgesetzgebung bis zum Jahre 1654.

Den Anfang des Rechtsstreites machte das Ansuchen um Ladung des Gegners, in dieser ward die Sache genau angegeben, und den Parteien ein Termin vorberaumt (1); im vorberaumten Termine übergab der Kläger seinen articulirten oder nicht articulirten Libell (Summari-Klage) (2), letzterer gehörte seit dem Jahre 1570 insbesondere wohl zu den größten Seltenheiten (3). Durch das Zerlegen in

---

1) RA. 1495, §. 4, 17. Ursprünglich geschah dieses Ansuchen wohl mündlich, konnte jedoch auch schriftlich geschehen, ibid., §. 14, aus demselben bildete sich nachmals ein eigener Schriftsatz, dem es eine Zeit lang an Klarheit abgehen durfte, wenn er nur die später bei ihm ausdrücklich abgeschaffte clausula salutaris enthielt, RA. 1551, §. 31, 32 vergl. m DA. 1557 §. 33, und eine besondre vielfach abgehandelte Rechtsmaterie, Gaill, Obs., I, 31, Ayrer, Processus juris, I, 3., obs. 2, Ummius, Disputationes ad Processum judiciar. directae, V.

2) Der richterlich Clagspiegel des Dr. Sebastian Brant, (Straßburg 1516) fol., enthält noch blos Formulare unarticulirter Libelle.

3) Die hierher gehörige historische Entwicklung findet sich: Ueber Litis Contestation und Einreden, III 1, zugleich mit einer Berichtigung der Darstellung in Gönner, Handbuch des d. g. Processes, zw. Aufl., I, 3; jenes Schriftchen scheint aber von Gönner überhaupt unbekannt geblieben zu seyn, was insbesondre rücksichtlich der articulirten Libelle sich äußert in dessen Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürg. Rechtssachen, B. II, Abth. 2, p. 291, Neat. **

einzelne Artikel ward der Libell um vieles weitschichtiger, auch in der Form (1) verändert, sonst aber stimmte rücksichtlich desselben die Praxis dieser Zeit mit der der vorigen Periode vollkommen überein (2).

§. 4.

Sächsisches Recht.

Der Gebrauch der articulirten Libelle ward schon in älteren Zeiten in Sachsen ausdrücklich untersagt (3), ja, selbst der der Libelle überhaupt, indem vom Munde in die Feder vor der Litis Contestation (4), auch regelmäßig nach derselben (5) verfahren werden sollte. Diese letztere Vorschrift verstand zwar die Praxis dahin, daß der früher schriftlich überreichte Klaglibell im Termine mündlich wiederholt ward (6), das Verbot der articulirten Libelle aber ward immer aufrecht erhalten (7), auch nachmals bestättigt und

1) M. vergl., z. B., AYRER, I, 4,

2) GAILL, Obs. I, 61, AYRER IV, 6, UMMIUS, VI, 36 sqq.; Ueber Cumulation der Klagen, UMMIUS, VI, 64 sqq..

3) Const. Elect, I, 2, CARPZOVIUS, Jurispr. forens., I, 2, Def. 1.

4) Const. Elect., I, 1. CARPZOVIUS, I, 1, Def. 1, in fi..

5) Const. Elect., I, 9, CARPZOVIUS, 1, 9, Def. 1, 2.

6) FIBIGIUS, Processus jur., (Lipsiae 1675,) 4, p. 118 sqq., SUENDENDOERFFERUS ad eund., (Lipsiae 1710) 4°, p. 270 sqq., MARTINUS, Comment. for. in JOHANNIS GEORGII I Ordinat. proc. judic., V, Prooem., No. 7, §. 1, No. 108, 109.

7) FIBIGIUS, l. c., MARTINUS, V, 1, No. 8 sqq..

die Fassung des Libelles überhaupt dahin bestimmt, daß er eine kurze Geschichts-Erzählung, förmlich und schlüßlich fürbracht, enthalte (1), ihm auch die clausulae salutares angehängt (2), jedoch mehr nicht als drei ex diversis causis herrührende Klagpuncte in demselben cumulirt werden durften (3); im allgemeinen stimmte über dessen Fassung die sächsische Praxis mit der päbstlichen ziemlich überein (4).

§. 5

Reichs-Abschied vom Jahre 1654.

Gegen die Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts sah es im deutschen Reiche um das Justizwesen dermaßen schlecht aus, daß eine Verbesserung desselben nicht länger konnte verschoben werden (5), sie kam schon im Jahre 1641 auf dem Reichstage zu Regensburg in Anregung, und wirklich ward auf den 1ten August 1642 deshalb ein Reichs-Deputations-Tag nach Frankfurt am Main ausgeschrieben, wo aber erst am 18ten Mai 1643 das Justizwesen zur Sprache kam (6). Nach eingeholtem Gutachten

---

1) Sächsische Proceß- und Gerichts-Ordnung, V, 1.

2) Ibid., V, 2, Martinus ad h. §..

3) Sächsische Proceß- und Gerichts-Ordnung V, 3.

4) Carpzovius, I, 2, Def. 11 sqq., Fibiorus, p. 122 sqq., Martinus, V, 1, No. 44.

5) Ueber Litis Contestation und Einreden, III, 5.

6) Neurodes, Erläuterung des j. RA., Anm. 17.

des Cammergerichtes (1) ward am 20ten Juni 1644 ein Gutachten der Reichs-Deputation, die Verbesserung des Justizwesens betreffend, abgefaßt (2). Dieser Punct ward bei den westphälischen Friedens-Unterhandlungen angeregt, aber an den nächsten Reichstag verwiesen (3), auf welchem er endlich in den Jahren 1653 und 1654 verhandelt und erledigt ward (4). Zuerst trug das Reichsgutachten vom $\frac{10}{20}$ December 1653 (5) auf Abschaffung des articulirten Libelles und Verfahrens überhaupt an. Darf man nun gleich voraussetzen, daß der sächsische Prozeß dem größten Theile der versammelten Deputirten bekannt war, so geschieht doch desselben in den Verhandlungen, die Abschaffung des articulirten Verfahrens betreffend, nicht Erwähnung (6), eben so wenig ist ersichtlich, daß der chursächsische Deputirte, Augustin Strauch (7) sich dafür besonders verwendet hätte (8), wohl aber der Braun-

---

1) De Meiern, Acta comit. Ratisb., II, p. * 202 sqq..

2) Ibid., p. 189 sqq..

3) I. P. O., V, 53.

4) De Meiern, II, Lib. 12 — 14, Neurodes, a. a. O..

5) De Meiern, II, p. 423.

6) Thomasius, de protractione justitiae per amicabilem compositionem, I, 8, geht viel zu weit, wenn er behauptet, es seyen im jüngsten RA. die vorzüglichsten Materien des Prozesses nach der sächsischen Prozeß-Ordnung bestimmt worden.

7) Ueber denselben s. De Berger, Oratio de ICtis Vitembergensibus, P. 236, in dessen Electa proc. executivi etc., Lipsiae, 1729.

8) Leyserus, medit. XXXVI, 1, 2, beurkundet große, bei ihm jedoch nicht seltne Oberflächlichkeit; er scheint weder die

schweig-Wolfenbüttel'sche Kanzler Schwarzkopf, nach seinen Abstimmungen zu urtheilen, ein durchgreifender Mann, der die Gebrechen der Justiz einsah, ihnen auch redlich, so weit als möglich abhelfen wollte (1). Das articulirte Verfahren ward denn endlich im Reichs-Abschiede vom Jahre 1654 überhaupt abgeschafft, die Klage insbesondre sollte nicht articuls-, sondern summarischerweise, in derselben das factum kurz und nervose, jedoch deutlich, distincte und klar, allenfalls auch punctweise, mit angehängter Conclusion und Bitte verfaßt und ausgeführt seyn, auch konnte in demselben dem Beklagten mit der Ladung insinuirten Libelle, zugleich um Citation und Condemnation des Gegners nachgesucht werden (2). So stand und steht denn wieder die Lehre von der Fassung eines Klaglibelles, einige formelle Clauseln abgerechnet, auf demselben Standpunkte, wie in den Zeiten der Glossatoren, Legisten und Canonisten, und die dermalige Praxis dürfte,

---

Reichs-Deputations-, noch die Reichs-Tags-Verhandlungen, noch überhaupt das articulirte Verfahren gar gekannt zu haben, und mit großem Unrecht wird dessen seichtes ungründliches Raisonnement gelehrt genannt in G. L. Boehmerus, Praefatio ad J. H. Boehmeri, Exercit. ad Pand., II, p. III.

1) G. L. Boehmerus, l. c vermuthet wohl nicht mit Unrecht in Schwarzkopf den Verfasser des bei Lünig, Europäische Staats-Consilia, II, 89, p. 544 abgedruckten: Gründliches Bedenken von den articulirten Libellen 2c..

2) JRA., §. 34. Die Supplication (§. 3. Nota 1) ward durch diesen §en zwar nicht ganz abgeschafft, den Partheien aber Mittel an Händen gegeben, dieses Superfluum zu umgehen.

was diese Fassung betrifft, wenig von der jener Zeiten verschieden seyn (1).

---

1) Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, zw. Aufl., §. 115 — 118, Gönner Handbuch, I, 10, §. 11, Martin, Lehrbuch des t. g. b. Processes, dritte Aufl., §. 96, 132 — 134, König, Formularbuch für processualische Handlungen, Klagschriften, Glück, Commentar, §. 278 sqq.. Ueber diese ganze Materie vergl. STRYKIUS, Diss. jurid., I, 14, (Disp. de jure libellorum) Suinfurti et Lipsiae, 1680, 4.

II.

Ueber proceßhindernde Einreden.

§. 1.

Es ist diese Lehre bereits in dem Schriftchen: Ueber Litis-Contestation und Einreden, beiläufig erwähnt und abgehandelt worden, es schien jedoch nicht ganz unverdienstlich derselben eine eigne Abhandlung zu widmen. In dieser konnte das römische Recht übergangen werden, weil, wenn gleich dem älteren römischen Rechte zumal, Einreden ähnlicher Natur und Wirkung wohl nicht unbekannt waren (1), dasselbe doch nicht unmittelbar Quelle dieser Lehre, wie sie auf uns gekommen, ist.

§. 2.

Kanonisches Recht.

Peremtorische Einreden sollen in der Regel nicht, und nur solche die Litis Contestation verhindern und

---

1) Ueber Litis Contestation und Einreden, I, 3

verschieben können, die daraus hergenommen sind, daß die Sache bereits durch Urtheil, Uebereinkunft oder überhaupt erledigt ist (1). Schwebte gleich Innocenz IV (2) eine gar nicht hierher gehörige römische Gesetzesstelle vor (3), so läßt sich doch aus derselben mit seine Absicht dahin abnehmen, es solle über eine bereits erledigte Sache nicht ein neuer Rechtsstreit angesponnen und geführt werden können, und sey vielmehr über die vorgeschützte Erledigung als Präjudicialpunct zu verhandeln (4), während dessen aber die Hauptsache auf sich beruhen zu lassen (5). — Ueber diese Lehre waren die Ansichten und Meinungen der damaligen Rechtsgelehrten schon verschieden; theils ver-

---

1) c. 1, 2 de L. C. in 6to (2. 3).

2) Von ihm rührt c. 1 cit. her.

3) L. 1 §. ult. D. ad Sctum. Tertull. (38. 17), wie die Glosse ad c. 1 cit. schon bemerkt. Die (wahrscheinlich Schluß-) Worte des Scti. Orphitiani, quae judicata, transacta, finitave sunt, rata maneant, und deren Erklärung in L. 229, 230 D. de V. S. (50. 16), enthalten blos die so vielen neueren Gesetzen (Thibaut, System des Pandekten-Rechts, dritte Ausgabe, §. 25., Nota f) eingeflossene Bestimmung über deren nicht rückwirkende Kraft.

4) Weil J. H. Boehmerus, J. E. P., II, 25, §. 9, dem Pabste den eignen höheren juristischen Standpunkt mit Unrecht unterlegt, glaubt er, es habe derselbe bei Abfassung des c. 1 cit. an den Tit. D., quar. rer. act. non datur (44. 5) gedacht, und läßt sich dadurch in den folgenden §§en zu irrigen Schlüssen verleiten.

5) Die Litis Contestation ward als der eigentliche Anfang des Rechtsstreites betrachtet, c. 30 in fi. X de V. S. (5. 40), Durandus, II, 2, de L. C., Rubrica.

suchte man mehrere peremtorische Einreden als prozeßhindernd im angegebenen Sinne anzunehmen (1), theils alle, wenn sie nur notorisch, oder sonst sofort liquid waren (2), ja, es wollte auf dieses letztere Prinzip die ganze Lehre zurückgeführt werden (3); in Praxi aber zählte man zu diesen Einreden vorzüglich nur die exceptiones rei judicatae, transactionis et jurisjurandi, ohne sie von Liquidität abhängig zu machen (4), sie hatten eine Entbindung nicht blos von der Instanz, sondern von der Klage zur Folge (5).

§. 3.

Reichsgesetze.

Das erste Reichsgesetz, das dieser Einreden Erwähnung thut (6), zieht nicht nur die der Lehre zum Grunde liegende päbstliche Verordnung ausdrücklich an (7), sondern giebt auch deren dort gegebene Definition dahin wieder, daß es Auszüge seyen, da die Sach mit Urtheil entschieden, vertragen oder der

1) Guido de Suzaria, No. 90.

2) Bartolus in L. 9 D. de jurejur. (12. 2), No. 7, 8, dem viele folgen.

3) Idem, l. c., No. 2, in L. 7 eod., in C. 13 D. judic. solvi (46. 7).

4) Glossa ad c. 1 cit., v. finita, Durandus, II, 1, de exc. et repl., §. 3, No. 34 sqq..

5) Glossa cit., Durandus, l. c..

6) CGO. 1508, IV, 1.

7) C. 1 cit..

Krieg vollendet wäre (1). Es werden ihnen in den älteren Reichsgesetzen verschiedene Benennungen beigelegt, als: exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum (2), exc. l. c. impedientes (3), exc., dardurch das Recht verhindert, oder aufgeschoben (differirt), oder die Kriegsbefestigung verhindert würde (werden soll) (4), und exc. litis ingressum impedientes (5), sie sind im allgemeinen den dilatorischen Einreden gleichgestellt (6). Der Reichs-Abschied vom Jahre 1654 thut dieser Einreden, wenn auch nicht ausdrücklich, doch neben den ihnen mit Ausnahme der Declinatorien gleichstehenden (7) dilatorischen Erwähnung (8), ändert aber rücksichtlich ihres Begriffes nichts ab.

---

1) Der Ausdruck, der Krieg vollendet, ist weit bestimmter als de re finita, dürfte jedoch kaum neben mit Urtheil entschieden oder vertragen noch einen besonderen Sinn zulassen.

2) CGO. 1523, III, 1, CGO. 1555, III, 24 §. 1, Conc., III, 27 §. 1.

3) CGO. 1527, §. 9.

4) CGO. 1555, III, 13 §. 1, RA. 1570, §. 89, RA. 1594, §. 59.

5) RA. 1594, §. 63.

6) Ueber Litis Contestation und Einreden, III, 3.

7) Ebendas., III, 6.

8) §. 38, verb., wenn er verzügliche oder andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte; in der Hinsicht mit bezieht sich dieser §. ausdrücklich auf CGO. 1555, III, 24, wo der exc. l. c. imped. wirklich Erwähnung geschieht, ebend., a. a. O., Textor, Disputationes ad R. J. de anno 1654, IV, 37, Neurodes, Anm. 104.

§. 4.

Gemeines deutsches Recht.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ergibt sich dahin, daß die exceptiones l. c. impedientes den dilatorischen Einreden (mit Ausnahme der Declinatorien) rücksichtlich der Verhandlung völlig gleich stehen, deren Begriff und Wesen aber unverändert geblieben, und zu denselben vorzüglich die exceptiones rei judicatae, transactionis, auch jurisjurandi zu zählen seyn dürften (1).

§. 5.

Sächsisches Recht.

Es geschieht der exceptiones l. i. impedientes im ältern sächsischen Rechte nicht ausdrücklich Erwähnung, dieses begreift solche aber unter dem Ausdrucke, was seyn mag, so der Antwort vorgehet (2), sey nehmlich im ersten Termine vorzubringen, und demselben eventualiter die Litis Contestation anzuhängen (3), stellt sie also den dilatorischen Einreden im allgemeinen

1) Zu einem anderen Resultate führt die historische Darstellung dieser Lehre in Gönner, Handbuch, IV, 78, §. 1—9, die, was die Reichsgesetzgebung betrifft, irrig ist, und sich aus dem vorhergehenden §en berichtigen wird.

2) Const. Elect., I, 3.

3) Mit Ausnahme bei ganz zweifelhaften Declinatorien und der exceptio spolii, ibid., I, 6.

gleich, verordnet über den Begriff nichts, und verweist in der Hinsicht stillschweigend gleichsam aufs ältere (canonische) Recht mit seinen Controversen. Die sächsischen Rechtslehrer haben sich nun denjenigen Canonisten angeschlossen, die diese ganze Lehre auf das Prinzip der Liquidität zurückführten und hiernach hatte sich in alten Zeiten die sächsische Praxis fixirt 1). Es ward diese nachmals gesetzlich sanctionirt, rücksichtlich der dilatorischen Einreden beim alten belassen (2), die peremtorischen hinter die Kriegsbefestigung verwiesen (3), mit Ausnahme dergleichen exceptiones impedientes litis ingressum, welche, ohne fernere Ausführung, alsbald in continenti, aus producirten Original-Acten und Urkunden, oder des Gegentheils eignem Bekenntniß dargebracht werden könnten, diese mußten zwar im ersten Termine vorgeschützt, es konnte jedoch über sie das Erkenntniß abgewartet werden, ehe man sich auf die Hauptsache einzulassen brauchte (4), nur die dilatorischen Einreden mußten sub poena praeclusionis neben

1) Matthaeus Wesenbecius in Tit. D. de except. (44. 1), No. 7, in Tit. C. eod. (8. 36), No. 10, Colerus, de process. execut., IV, 1, No. 184 sqq, Ad c. cum venerabilis X de except., No. 68 sqq., Zangerus, de except., II, 22, No. 25, III, 17, No. 109 sqq., 26, No. 27.

2) Sächs. P.- und G.-O., XI, 1, eben so rücksichtlich der Declinatorien und exc. spolii, ebendas., XI, 2, 5.

3) Ebend., XI, 6.

4) Ebendas., XI, 7.

den ihnen vorgewendet werden (1). Das Gesetz führt zwar namentlich die exceptiones jurisjurandi, rei judicatae, transactionis und praescriptionis, als litis ingressum impedientes, an, und fügt auch den Vorwand, als hierher gehörig hinzu, es stehe Klägern ratione intentionis facti keine Action zu (2), unter welchen an sich wohl alle peremtorische Einreden könnten subsumirt werden, wenn nicht ohnehin diese Anführung mehr beispielsweise geschehe, und eigentlich nur die Liquidität berücksichtigt werde (3). Werden solche vor der Kriegsbefestigung vorgeschützte Einreden hinlänglich befunden, so wird der Beklagte nicht blos von der Instanz, sondern von der Einlassung auf die Klage entbunden (4). Nachmals wurden sie zwar wieder ganz den dilatorischen Einreden gleichgestellt, dergestalt jedoch daß alles von deren alsbaldiger Liquidität abhängig blieb (5).

---

1) CARPZOVIUS, I, 3, Def. 5, II, 2, Resp. 9 init., MARTINUS, XI, 1, No. 40 sqq..

2) Sächs. P. = und G. O., XI, 7.

3) CARPZOVIUS, I, 3, Def. 15. MARTINUS, XI, 7, No. 8 sqq. bestrebt sich unnöthigerweise die einzelnen hierher gehörigen Einreden aufzuzählen.

4) Sächs. P. = und G. = O., XI, 8. — Dilatorische Einreden haben eine Entbindung von der Instanz, peremtorische eine von der Klage, und proceßhindernde eine Entbindung von der Einlassung auf die Klage zur Folge, MARTINUS, XI, 8, No. 4 sqq., CARPZOVIUS, I, 3, Def. 16, wo auch über den Unterschied zwischen diesen verschiedenen Arten der Absolution das Erforderliche bemerkt ist.

5) Erläuterung und Verbesserung der P. = und G. = O., ad Tit. XI, §. 1.

§. 6.

Gemeine deutsche Praxis.

Es kann sonach in dieser Lehre von zwei verschiedenen Grundprinzipien ausgegangen, und entweder einzelnen peremtorischen Einreden, oder allen, wenn sie sofort liquid sind, mit andern Worten, entweder der Natur einzelner solcher Einreden, oder der Liquidität ein bestimmter Vorzug eingeräumt werden; diese Grundprinzipien hat man zu allen Zeiten vielfach vermischt und durcheinandergeworfen.

Einige (1) zählen zwar vorzüglich die herausgehobenen drei Einreden hierher, verlangen jedoch zugleich deren alsbaldige Liquidität; andre (2) räumen diesen drei Einreden durchaus keinen Vorzug ein, machen vielmehr alles von der Liquidität abhängig; endlich werden auch von einigen (3), vielleicht am richtigsten, diese drei,

---

1) Rulant, de Commissariis etc., IV, 8, 6, 4, Mevius, Decis., I, 215, No. 5, III, 225, Textor, IV, 37, Estor, Anfangsgründe des gem. und Reichsproc., I, §. 197.

2) J. H. Boehmerus, l. c., II, 25 §. 11, Ludovici, Einleitung in den Civilproceß, XIV, 3, Leyserus, Medit., 513, 16, Claproth, O. P., §. 137, 138, Gönner, Handbuch, II, 78, Grolman, §. 245, Martin, §. 143. Diese berufen sich großentheils auf eine für sie sprechende entschiedne Praxis.

3) Ummius, VIII, 57, Blumen, Processus cameralis, LXIX, 29 sqq., Brunnemannus, de processu, XVI, 5, Strykius, Introd. ad praxin for., XVI, 2, Schaumburg, Prax. jurid., Edit. Reichardt, (Jenae, 1768,) p. 144.

wenn auch nicht liquide, mit sämmtlichen übrigen in continenti liquiden peremtorischen Einreden, zu den proceßhindernden gezählt.

Da aber diese Einreden den dilatorischen völlig gleich stehen (1), ihnen also die übrige Vertheidigung eventualiter anzuhängen ist, wenn man nicht Gefahr laufen will, auf dieselbe ganz Verzicht leisten zu müssen (2), so ist in Praxi der Nutzen dieser Einreden sehr gering, weil der Richter die Exceptionalhandlung ohne Unterschied ad replicandum mitzutheilen pflegt (3); mit Recht hat von Gönner ihnen in seinem Entwurfe keinen Platz zugestanden (4.)

1) Oben, §. 3, 4.

2) Ueber Litis Contestation und Einreden, III, §. 6 circa fi..

3) Gönner, Handbuch, II, 78, §. 29.

4) B. 2, Abth. 2, p. 327 sqq..

III.

Ueber die Widerklage.

§. 1.

Römisches Recht.

Es sind hier nothwendig einige Erläuterungen voran zu schicken, von denen das Verstehen und die richtige Anwendung der einschlagenden Gesetzesstellen gewissermaßen abhängt.

Die actiones (directa und contraria), welche aus demselben Rechtsverhältnisse, namentlich aus der Tutel entspringen, nennen die Römer, abgesehen davon, ob sie in einem einzelnen Falle wirklich gegenseitig geltend gemacht worden, actiones mutuae (1); dergleichen Fordrungen und Gegenfordrungen gehörten vor denselben, wenn auch für letztere, dem Umfange seiner Jurisdiction nach, nicht competenten magistratus (2), und es war ih-

1) §. 2 I. de oblig. quae quasi ex contr. nasc. (3. 28), L. 11 §. 1 D. de jurisdict. (2. 1), L. 5 §. 1 D. de O. et A. (44. 7), Quinctilianus, Declam., 354.

2) L. 11 pr., §. 1 D. de jurisdict. (2. 1).

nen, als zu einem und demselben judicio gehörend (1), derselbe judex zu bestellen (2), was bei zusammenhängenden Sachen überhaupt beobachtet ward (3).

Petitiones (4) mutuae (5) scheinen im älteren römischen Rechte für solche Gegenfordrungen eingeführt gewesen zu seyn, mit welchen ihrer Natur nach gegen eine angestellte Klage nicht compensirt werden konnte (6), sie konnten bei dem, wenn auch für sie an sich nicht competenten, Richter der Klage angebracht, auch durfte der letzteren wegen niemand zur Zahlung ꝛc. angehalten werden, bis über erstere verhandelt und entschieden war (7); die Gegenfordrungen wurden vor dem magistratus geltend gemacht, und von diesem dem judex eine passende

1) L. 10 C. de judiciis (3. 1), L. 2 C. T. eod. (2. 18).

2) L. 2 C. eod., L. 5 C. arbitr. tutelae (5. 51).

3) Tit. D. de quib. rebus ad eund. jud. eatur (11. 2), L. 8, §. 1, 2, L. 9 D. de liber. causa (40. 12), Nota 1, Quinctilianus, Inst. Orat., III, 10. Den Schlußworten nach scheint L. 22 D. de judiciis (5. 1) ebenfalls hierher zu gehören, sie kann aber auch mit der Glosse auf L. 2 §. 5 eod. bezogen werden.

4) Eigentlich bezeichnet petitio an sich eine dingliche Klage, Brissonius, de V S., h. v..

5) L. 7 §. 1 D. de compens. (16. 2), L. 38 pr. D. mandati (17. 1), L. 1 §. 2 D. si pars haered. (5. 4), L. 15 D. de exc. rei jud. (44. 2), Tertull., L. II, adv. Marc., c 20.

6) Die Compensation fand ursprünglich nur bei judiciis bonae fidei statt, §. 30 I. de action. (4. 6).

7) L. 1 §. 4 D. quae sent. sine appell. (49. 8), L. 1 §. ult. D. de extraord. cogn. (50. 13), L. 6 C. de compensat. (4. 31) verb. m. L. 1 C. rer. amotar. (5. 21).

Instruction vorgeschrieben (1), nach welcher er nicht nur den Beklagten von der Klage entbinden, sondern gar den Kläger in das, was er hinwider schuldig befunden wurde, verurtheilen konnte (2).

§. 2.

Fortsetzung.

Diese Vorschriften des älteren römischen Rechts waren zu Kaisers Justinian Zeiten modificirt durch die veränderte Gerichtsverfassung (3), die Lehre de mutuis petitionibus s. p. insbesondre außerdem durch die erweiterte Compensation (4); der Beklagte konnte nunmehr mit seiner Vertheidigung zugleich seine Gegenfordrung vor denselben, durch keine Instruction (5) beengten, Richter bringen, er mochte für den Kläger competent seyn oder nicht, der Beklagte konnte nicht nur losgesprochen, sondern überdies der Kläger condemnirt werden (6). Kaiser Justinian sah sich zu der Verordnung genöthigt, daß welcher Beklagte am Kläger Gegenforderung zu haben vermeine, solche gleich zu Anfang des Rechtsstreites vor

---

1) L. 38 pr. D. mandati (17. 1), SENECA, de beneficiis, VI, 5 in fi., 6, arg. BRISSONIUS, de formulis, V, 74.

2) Arg. L. 14 C. de sent. et interl. (7. 45).

3) Ueber Litis Contestation und Einreden, I, 4.

4) L. 14 C. de compens. (4. 31), §. 30 I. de action. (4. 6).

5) §. ult. I. de interd. (4. 15).

6) L. 14 C. de sent. et interl. (7. 45), L. 1 (rest.) 5 C. de fruct. et lit. expens. (7. 51).

denselben nicht recusirten Richter bringe, damit er über die gegenseitigen Ansprüche urtheile, sonst dürfe er vor Beendigung dieses Rechtsstreites seine Fordrung am Kläger vor keinem andern Richter geltend machen (1); wer klagte, mußte sich übrigens auf solche zur rechten Zeit gemachte Gegenfordrungen des Beklagten einlassen (2); waren sie jedoch von demselben nicht gleich zu Anfang des Rechtsstreites geltend gemacht, so konnten sie während der Dauer desselben, abgesehen vom Wege der Compensation, nur in dem Falle geltend gemacht werden, wenn der Richter der Klage für den Kläger als Beklagten ohnehin competent war (3). Nur rücksichtlich der Person des Klägers ward jedoch, was die Gegenfordrungen betraf, die Competenz dieses Richters begründet, sonst aber dieselbe nicht erweitert (4), es sey denn des Zusammenhanges mit andern Sachen wegen (5).

1) Nov. 96, c. 2.

2) Nov. 123, c. 25.

3) Arg. Nov. 96, c. 2, §. 1.

4) L. 14 C. de sent. et interloc. (7. 45) vergl. m. L. 1 C. de ord. judic. (3. 8), L. 5 C. ubi causa status (3. 22).

5) Oben p. 21, Nota 3, Nov. 99, c. 1, §. 2. Die Gränzen seiner Jurisdiction, was das genus causae betrifft, durfte der Richter wohl nie überschreiten, Giphanius, ad L. 14 C. de sent. et interloc. (7. 45).

§. 3.

Kanonisches Recht.

(X II, 4)

Die Benennung: reconventio (reconvenire) kömmt im päbstlichen Rechte neben und gleichbedeutend mit mutuis petitionibus vor (1), in welches der Grund dieser Lehre aus dem römischen überging (2). Die Anstellung einer Reconvention ist in der Regel erlaubt (3), den Partheien rücksichtlich derselben Rechtsgleichheit zugestanden (4), sie soll mit der Klage in demselben Processe vicissim verhandelt, und durch dieselbe Sentenz beendigt werden (5), jedoch nur wenn sie gleich zu Anfang des Rechtsstreites angebracht worden (6), sonst kann sie zwar während dem Laufe desselben vor denselben Richter gebracht (7), nicht aber über dieselbe zugleich mit der Klage verhandelt (8), auch nie bei Schiedsrichtern angebracht werden (9);

---

1) UMMIUS, X 1; die Benennung selbst rührt von den Glossatoren her.

2) Decr. Grat., P. II, c. 3, q. 8, c. 1, §. 2.

3) C. 1 X h. t.; mit Ausnahmen, z. B., in c. 1 et ult. X de ord. cognit. (2. 10).

4) C. 2 X h. t..

5) C. 1 X h. t., c. 2 X de ord. cognit. (2. 10).

6) Vergl. die vorhergehende Note, sodann Clem. saepe, de V. S, (5. 11).

7) C. 3 de rescr. in 6to. (1. 3).

8) GONZALEZ TELLEZ ad c. X h. t., No. 7.

9) C. 6 X de arbitris (1. 43).

sie findet überhaupt nicht statt, wenn sie ihrer Natur nach von der Entscheidung der angestellten Klage abhängt (1).

Die Proceßlehrer dieser Zeit handeln zwar, wie die Decretalen, von der Reconvention vor der Litis Contestation, einige gestatten jedoch auch nach dieser bis zur Conclusion deren Anbringen (2), andre nur in dem Falle, wenn der Reconventionslibell vor geschehener Litis Contestation eingereicht, oder dieselbe vom Beklagten ausdrücklich vorbehalten worden (3); Klage und Reconvention wurden zugleich eine um die andere verhandelt (4), wenn letztere überhaupt zugelassen ward, was bei vielen Sachen, und bei Appellationssachen im allgemeinen nicht der Fall war (5), im übrigen wich die Praxis wenig von der Legislation ab (6).

§. 4.

Reichsgesetze.

Sie räumen dem Beklagten die Befugniß ein, den Kläger in's Widerrecht zu verfassen, eine Gegenklag

---

1) C. 3 X de ord. cogn. (2. 10).

2) Durandus, II, 1, de reconvent. §. 3, Glossa ad c. 1 h. t., v. respondere.

3) Tancretus, II, de reconv. et mutuis petit., Additiones ad Durand., l. c.,

4) Durandus, l. c., §. 4, Alciatus, fol. 147.

5) Durandus, l. c, §. 2, alciatus, fol. 146, Damhouder, Praxis rerum civilium, c. 141, B. Socinus, Tract. R. J., Reg. 412.

6) Auth. Et consequenter C. de sent. et interl. (7. 45).

fürzubringen, beziehen sich übrigens ausdrücklich auf das päbstliche Recht und dessen Ausleger (1). Ueber die Gegenklag soll zugleich mit der Klage verhandelt, und die Termine vicissim, d. i., einer um den andern gehalten werden, jedoch nur wenn die Gegenklag vor, oder in früheren Zeiten von Stund an nach Befestigung des Kriegs (2), in späteren ad proximam oder secundam (3) vorgebracht ward; geschieht dies später, doch vor Beschluß der Sachen, so werden beide Sachen, Klage und Gegenklage vertheilt, unterschiedlich, und eine jede für sich selbst allein verhandelt (4); nie aber konnte eine Gegenklage zuerst in zweiter Instanz vorkommen (5).

Nach dem jüngsten Reichs-Abschiede ist die Gegen-Klag mit der Gegen-Nothdurft, d. h., der Exceptionalhandlung (6) einzubringen, wo dann im nächstfolgenden Termine der Kläger auf beide zu procediren hat (7).

---

1) CGO. 1508, I, 18.

2) Ebend., a. a. O..

3) CGO. 1555, III, 30, Conc. III, 33.

4) CGO. 1508, 1555, Conc., a. a. O. Dagegen heißt es in der Rothweil. HGO. 1572, I, 12 ausdrücklich: da aber der Beklagte seine Reconvention in bestimmter Zeit (vor der Kriegsbefestigung oder im nächstfolgenden Termine) nicht vorbringen würde, soll ihm alsdann solches zu thun benommen seyn.

5) Weshalb auch die CGOO. von derselben bei den Terminen erster Instanz handlen.

6) Ueber Litis Contestation und Einreden, III, 5 circa fi..

7) RA. 1654, §. 46.

§. 5.

Gemeines deutsches Recht.

Die Gegenklage mit der Exceptionalhandlung vorgebracht, hat die zwiefache Wirkung der durch sie begründeten Competenz des Richters der Vorklage, und der gleichzeitigen (wechselterminweisen) Verhandlung und Entscheidung mit dieser (1), erstere jedoch nur rücksichtlich der Person des Klägers, nicht aber was sonst die Gränzen der richterlichen Jurisdiction betrifft; vor Beschluß der Sache angebracht, hat sie nur diese erste Wirkung; später, gar in der Appellations-Instanz findet sie so wenig, als bei Schiedsrichtern überhaupt statt. Ihren Requisiten nach stimmt die Widerklage mit der Klage im allgemeinen überein; sie muß eine eben so schleunige Proceßart als die angestellte Klage zulassen (2), nicht aber mit derselben connex seyn, darf jedoch von deren Vor-Entscheidung ihrer Natur nach nicht abhängen; gegen den widerspänstigen Gegenbeklagten wird übrigens in contumaciam procedirt; endlich kann während der Dauer eines Rechtsstreites der Beklagte den Kläger vor keinem andern Richter belangen, wenn es ihm möglich ist oder war, eine Gegenklage gegen denselben anzubringen (3).

---

1) Der technische Ausdruck hiefür ist, effectus prorogationis et effectus simultanei processus, s. z. B., J. H. Boehmerus, I. E. P., h. t, §. 3.

2) Arg. c. ult. X de ord. cogn. (2. 10), Clem. saepe, de V. S. (5. 11), CGOO., RA. 1654, a. a. O..

3) Oben §. 2 circa fi..

§. 6.

Gemeine deutsche Praxis.

Es werden in dieser Lehre von den Rechts- und Proceßlehrern nicht selten irrige Begriffe und Unterscheidungen aufgestellt (1).

Einige unterscheiden auch nach heutigem Rechte gewissermaßen zwischen Reconvention und mutua petitio (2), während letztere von andern (gar nach römischem Rechte (3)) mit mutua actio für gleichbedeutend genommen (4), manchmal auch mit der Compensation verwechselt wird (5). Ferner wird behauptet, nach justinianischem Rechte sey zu einer Gegenklage ein ohnehin competenter Richter (6), oder Connexität mit der angestellten Klage erforderlich (7); an nutzlosen Unterscheidun-

---

1) M. vergl. überhaupt, STRYKIUS, Diss. jurid., II, 16 (ad L. 14 C de Sentent.).

2) FABER, Conjecturae I. C., XX, 5, SCHILTERUS, Praxis I. R., Exc. XIII, Diss. de jure reconv. pers. illustr., §. 52, J. H. BOEHMERUS, h. t., §. 1.

3) Glück, Commentar, Th. 3, Abth. 1, §. 204.

4) Estor, I, §. 2276, Hofmann, Teutsche Reichspraxis, I, §. 1110.

5) CUIACIUS, Obs., IX, 37 in med., UMMIUS, X, 4, SCHILTERUS, l. c, §. 53.

6) J. A COSTA, Commentar. in Decret. Greg. IX, h. t., p. 383 sqq., Glück, a. a. O., Thibaut, §. 1077.

7) Vergl. UMMIUS, X, 13. Hiermit stimmte die Praxis des Cammergerichts überein, DE LUDOLF, de jure camerali, Ed. ZWIRLEIN (Wetzlariae, 1741), p: 198, PUETTERUS, Introd. in rem judic. imperii, §. 432, TAFINGERUS, Instit. Jurispr. Camer., §. 498.

gen (1) wie ungegründeten Ausnahmen (2) fehlt es nicht, auch nicht an müßigen Speculationen, wohin die den Gesetzen wie der Praxis unbekannten reconventio reconventionis (3) und reconventio anticipata (4) zu zählen sind; mit Unrecht wird, wenn auch sine effectu simultanei processus, eine Gegenklage in der Appellations-Instanz (5), wie die Verweigerung der Einlassung auf dieselbe überhaupt durch Verzicht auf die angestellte Klage gestattet (6).

Den eigentlichen Zweck der neuesten justinianischen Verordnung (7) übersehen die neuern Proceßlehrer (8), oder läugnen ihn gar ab (9); die Benennung: Widerklage ist aus dem sächsischen Rechte (10) in die deutsche Praxis, sie selbst aus dieser

---

1) Estor, I, §. 2278, 2279, 2280, Hofmann, I, 1100.

2) Ludovici, XXXVIII, 4.

3) Brunnemannus, X, 13, Gönner, Handbuch, I, 25, §. 10.

4) Leyserus, Med., 123, 6.

5) Mevius, Decis., V, 316, Strykius, Introd., XIV, 3.

6) Brunnemannus, X, 14, Estor, I, §. 2289. — Factisch könnte, wenn die Execution eines Contumacial-Erkenntnisses nicht möglich wäre, gegen des Gegenbeklagten Verzug, Verweigerung des Rechtes in der Vorklage allein anwendbar bleiben.

7) Oben p. 23, Nota 1.

8) Claproth, O. P., II, §. 145, Thibaut, §. 1077, Grolman, §. 162.

9) Schaumburg, p. 405, Schmidt, Lehrbuch von Klagen und Einreden, §. 85.

10) Sächs. P. und G.-O., VI, Schilterus, l. c., §. 42—45.

in von Gönner's, Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen (1) mit einer geringen formellen Abänderung übergegangen; da aber auch dieser neuere Proceßlehrer die ratio und den genauen Inhalt der einschlagenden Novelle übersah, und keine Verbindlichkeit zur Widerklage kannte, so übergeht er sie als Gesetzgeber stillschweigend, ohne deren Zweck- oder Unzweckmäßigkeit zu prüfen (2).

---

1) I, 1, § 6, II, 1, §. 12.

2) Motive, Abth. 1 und 2 zu den angeführten Stellen des Entwurfes.

IV.

Ueber das jusjurandum calumniae und ihm verwandte Nebeneide.

§. 1.

Römisches Recht (C. 2. 59).

Das jusjurandum calumniae war auch schon dem älteren römischen Civilprocesse bekannt, und kommt in der cisalpischen Lex vor (1), die justinianische Compilation bewahrt folgende einzelne Fälle, in welchen es angewendet ward:

a) bei der evocatio in municipium, daß man daselbst, nicht aber in Rom Sicherheit leisten könne (2);

b) wer Vorlage verlangte der rationes eines argentarii (3), der gemeinschuldnerischen Schreibereien (4),

1) Hugo, Civ. Mag., II, p. 439.

2) L. 8 §. 5 D. qui satisdare cogant. (2. 8).

3) L. 6 §. 2, L. 9 §. 3 D. de edendo (2. 13).

4) L. 15 §. 1, D. de reb. auct. jud. possid. (42. 5).

und des väterlichen Testamentes (1), mußte schwören, daß es nicht calumniae causa geschehe;

c) denselben Eid mußte derjenige vordersamst leisten, der seinem Gegner den Eid zuschob (2),

d) der die cautio damni infecti forderte (3),

e) der opus novum nuntiirte (4), und

f) der einen ihm zustehenden Schatz aus einem fremden Grundstücke graben zu dürfen verlangte (5).

Diese

---

1) L. 3 C. quemadmod. test. aper. (6. 32); über beide letztere Fälle geben die Gesetzesstellen die genaueren Bestimmungen an.

2) L. 34 §. 4, L. 37 D. de jurejur. (12. 2), L. 11 §. 1 D. rer. amotar. (25. 2), L. 9 C. de R. C. (4. 1), PAULUS, S. R., II, 2.

3) L. 13 §. 3 D. de damno inf. (39. 2.).

4) L. 5 §. 14 D. de N. O. N. (39. 1).

5) L. 15 D. ad exhib. (10. 4.). — Die Theilungsklagen sind hier deshalb übergangen, weil die Stelle: et ideo jurare debent non calumniae causa litem intendere, et non calumniae causa ad inficias ire, in L. 44 §. 4 D. fam. ercisc. (10. 2) nicht von Paulus herzurühren, vielmehr eingeschoben zu seyn scheint, GIPHANIUS, ad L. 2 C. h. t. MARCILIUS, ad §. 1 J. de poena temere litig. (4. 16), WISSENBACHIUS, Emblemata Triboniani, rev. a LUDOVICI, p. 32. Diese Meinung wird nach WYBO, Diss de Triboniano ab emblematibus WISSENBACHII liberato, II, 8, allgemein darum verworfen, weil die Pandekten im Jahre 533 promulgirt, also älter als die justinianische das jusjurandum calumniae betreffende Verordnung (L. 2 C. h. t. vom Jahre 534) seyen, VAN BYNKERSHOEK, Obss. J. R., VII, 9, MALBLANC, Doctrina de jurejurando, §. 89, Glück, Commentar, Th. 12, Abth. 1, §. 807, 808. Allein die

Diese Eide wurden jedoch Ascendenten und Patronen erlassen (1).

§. 2.

Fortsetzung.

Kaiser Justinian zeigte sich in dieser Lehre besonders thätig; es ist nicht uninteressant seine Gesetzgebung der Zeitfolge nach zu betrachten und zu entwicklen. —

Zuerst verordnete er im Jahre 529, es solle in keiner Sache jemand zur Beweisführung angehalten werden, bevor der Gegner de calumnia geschworen habe, daß er mit seinem Vorbringen nicht den Sachverschleif beabsichtige (2),

---

Institutionen sind ebenfalls im Jahre 533, sogar vor den Pandekten publicirt, und dennoch thun sie ausdrücklich der fraglichen justinianischen Verordnung Erwähnung, §. 1 J. de poena temere litigant. (4. 16). Es dürfte daher anzunehmen seyn, die ursprüngliche justinianische Verordnung, das jusj. cal. betreffend, sey älter als Institutionen und Pandekten, im Jahre 534 aber umgeändert, in Nebenpunkten erweitert, in dieser erneuten Gestalt in den Codex aufgenommen, und mit ihm auf uns gekommen, wofür auch L. 12 §. ult. C. de R. C. (4. 1) vom J. 529 spricht; sonst müßte man eine Unrichtigkeit in der Subscription der L. 2 C. h. t. vermuthen.

1) L. 8 §. 5 D. qui satisd. cogant. (2. 8), L. 16 D. de jurejur. (12. 2), L. 7 §. 3 D. de obseq. parent. (37. 15), L. 13 §. 14 D. de damno infecto (39. 2). Hiernach ist L. 34 §. 4 D. de jurejur. (12. 2) zu berichtigen, Cujacius, Obss., IX., 37.

2) L. 1 pr. C. h. t.

zugleich ordnete er einen eignen Eid für den um quaestionem servorum haereditariorum Nachsuchenden an (1); ferner schrieb er im Jahre 530 einen eignen von den Advocaten post litis contestationem zu leistenden Eid vor (2); unmittelbar vor diesen sollten einer späteren Verordnung (3) zufolge, nach geschehener Litis Contestation die Partheien in Selbstperson, und zwar der Kläger, daß er nicht animo calumniandi Klage erhoben, vielmehr seines Dafürhaltens eine gute Sache habe, der Beklagte hingegen, daß er in der Ueberzeugung sein gutes Recht zu vertheidigen sich widersetze, schwören (4). Diese Eide konnten den Partheien nicht erlassen werden (5), deren verweigerte Ablegung hatte für den Kläger Abweisung mit der angestellten Klage (6), für den Beklagten, daß er pro confesso angenommen, und dem gemäß weiter in der Sache erkannt ward (7), zur

---

1) L. 1 §. 1 cit., L. 18 C. de quaestionib. (9. 41).

2) L. 14 §. 1 C. de judiciis (3. 1), im Eingange ordnet er für die Richter das nicht hierher gehörige jusjurandum judiciale an, L. 14 cit. pr., L. 2 init. h. t., GIPHANIUS, h. l.; L. 21 C. de fide instr. (4. 21) von diesem Jahre gehört ebenfalls nicht hierher, unten VII, 2. Noch wird bemerkt, daß um diese Abhandlung nicht zu weit auszudehnen, nur über das von den Partheien abzulegende jusjurandum calumniae in der Folge wird gehandelt werden.

3) L. 2 C. h. t.. Vergl. oben p. 32, Nota 5.

4) L. 2 cit. pr., §. 1 J. de poena temere litigant. (4. 16).

5) L. 2 cit., §. 4.

6) Ibid., §. 6.

7) Ibid., §. 7.

Folge; durch dieselben sollte übrigens kein sonst gesetzlich angeordneter Eid abgeschafft seyn (1).

Mit dem bei der Beweisführung vorgeschriebenen Eide (2) ward vorzüglich ein solcher Unfug getrieben, daß im Jahre 536 Justinian zu verordnen sich genöthigt sah, es sey den von den Partheien gleich anfangs zu leistenden Eiden die Clausel anzuhängen, daß falls während dem Laufe dieses Processes, sie einander gegenseitig Beweis abforderten, sie solches nicht des Verschleifes, sondern ihnen nothwendiger Aufklärung wegen thun wollten; war dieser Eid geleistet, so konnte der Beweisführer von seinem Gegner nicht erst eine nochmalige Eides-Ablegung fordren (3). Kaiser Justinian schrieb weiter zwei specielle Eide vor, einen im Jahre 538 dem um comparationem litterarum Bittenden (4), und einen im Jahre 539 dem zum viertenmale Zeugen Vorschlagenden (5). Endlich verordnete er im Jahre 541 (6), die Partheien sollten vor allen Dingen insbesondre schwören, weder den Richtern noch sonst jemanden (mit Ausnahme der eignen Advoca-

---

1) Ibid., §. 2 in fi., L. ult. C. de fideicom. (6. 42). Einiges hierher gehörige Detail findet sich L. 2 cit., §. 1—3, 5, 9. — Justinian räumte dem jusjurandum calumniae, nachdem er dasselbe zu einem essentiale processus erhoben, consequent einen eigenen Titel im Codex ein.

2) Oben p. 33, Nota 2.

3) Nov. 49, c. 3.

4) Nov. 73, c. 7, §. 3, unten IX, 2.

5) Nov. 90, c. 4; die genaueren Bestimmungen giebt das Gesetz.

6) Diese Jahres-Angabe ist nicht über allem Zweifel.

ten,) dieser Sache wegen etwas gegeben oder versprochen zu haben, eben so wenig selbst oder durch eine Mittelperson geben zu wollen, welcher Eid in der Appellations-Instanz zu erneuren, übrigens vom Kläger bei Verlust seiner Klage, vom Beklagten bei Strafe des ansonst gegen ihn zu erlassenden condemnatorischen Erkenntnisses abzulegen war (1).

Eigentlich sagt Justinian nur vom Kläger er schwöre de calumnia, beim Beklagten und den übrigen generellen Eiden bedient er sich einer Umschreibung (2), diese allgemeinen Eide scheinen jedoch, weil sie zu gleicher Zeit abgelegt werden mußten, in Praxi zusammen gefallen, und trotz einigen gesetzlichen Verschiedenheiten (3) einen, nur für jede Parthei verschiedenen, Eid gebildet zu haben.

§. 3.

Kanonisches Recht.
(X, II, 7, in 6° II, 4.)

Die Leistung des juramenti calumniae, unter welcher Benennung die von beiden Theilen abzulegenden

1) Nov. 124, c. 1.

2) §. 1 J. de poena temere litig. (4. 16), L. 2 C. h. t., Nov. 49, c. 3. Durch letztere ist L. 1 C. h. t., in welcher der Ausdruck de calumnia vorkömmt, generalisirt und abgeändert.

3) So stellt Nov. 43, c. 3 auf die Verweigerung gar kein Präjudiz, während Nov. 124, c. 1 sich hierüber selbst stärker als L. 2 C. h. t. ausdrückt; so redet Nov. 124, c. 1 von der Appellations-Instanz, wovon die beiden andren citirten Gesetzesstellen nichts wissen.

Eide begriffen werden (1), ist nach Umständen in animam jurantis zulässig (2), Geistlichen (3) und in geistlichen Sachen (4) erst verboten, nachmals vorgeschrieben (5), sie soll sogleich post litis contestationem (6), kann jedoch später im ganzen Laufe des Rechtsstreites geschehen (7), muß aber, wenn auch in erster Instanz abgelegt, in der Appellations-Instanz wiederholt (8), nicht minder von nach von den Partheien geleistetem juramento calumniae bestellten Procuratoren abgelegt (9), kann stillschweigend ganz übergangen (10), nicht aber verweigert werden (11).

Es findet sich im Gesetze zwar das juramentum calumniae in zwei Theile zerlegt, in juramentum ca-

---

1) C. 1, 3 X h. t. vergl. mit Auth. principales C. h. t..

2) C. 3 cit., angewendet in c. 1, 4, 6, 7 X h. t., bestätigt in c. 3 h. t. in 6°.

3) C. 1 X. h. t., vergl. GEORGISCH, C. J. Germ. antiqui, p. 1277, 1278 (Halae, 1738).

4) C. 2 X h. t..

5) C. 5, 7 pr. X, c. 1 §. 2 in 6° h. t..

6) Wie schon die in den Decretalen wie im Libro sexto beobachtete Titelfolge beweist, wofür sich außerdem eine Menge Belege finden, z. B., c. 54 X de elect. (1. 6), c. 6 X. h. t., c. 2 de confessis in 6° (2. 9).

7) C. 1 pr. h. t. in 6°.

8) C. 2 pr. h. t. in 6°. Bonifaz VIII entschied hierdurch eine unentschiedene Streitfrage der Glossatoren und Proceßlehrer, G. DE SUZARIA, No. 130, DURANDUS, h. t., §. 2, No. 3, GONZALEZ TELLEZ, ad c. ult. X. h. t., No. 13 in fi..

9) C. 2 cit., §. 1.

10) C. 1 §. 1 h. t. in 6°.

11) C. 7 §. 1 X. h. t; das Gesetz verordnet in der Hinsicht die Strafen der vorigen Periode.

lumniae (stricte sic dictum) und juramentum de veritate dicenda (1), jedoch ohne practische Folgen (2). In Praxi wurden unter der Benennung, juramentum calumniae, die verschiedenen von den Partheien zu Anfang des Processes zu leistenden, vom Gesetze vorgeschriebenen, durch die Praxis weiter ausgebildeten Eide und Eidesformeln, in der Regel auf einmal sogleich nach geschehener Litis Contestation abgelegt (3); die Partheien mußten eidlich versichren, daß sie eine gute Sache zu verfechten glaubten, die Wahrheit auf Befragen nicht läugnen, keines falschen Beweises sich bedienen, nicht zur Verzögerung Frist bitten, sich endlich keine Bestechungen zu Schulden kommen lassen würden (4). Die gleich hierauf folgenden Positionen und Responsionen machten nur

---

1) Diese Benennung verdankt wahrscheinlich dem in der gewöhnlichen Version der Nov. 49, c. 3 vorkommenden Ausdrucke, pro veritate, ihre Entstehung.

2) Bonifaz VIII hat diesen früher practischen Unterschied (vergl. z. B., c. 5½, §. 2 de elect. (1. 6), Durandus, II, 2, h. t., No. 10 sqq.,) zugleich besonders herausgehoben und unpractisch gemacht in c. 1 h. t. in 6º.

3) Tancretus, III, h. t., Durandus, l. c., Rubrica, Alciatus, fol. 153 sqq..

4) Tancretus, l. c., Durandus, l. c., §. 4, Alciatus, l. c.. Die Glosse ad c. 1 X. h. t., v. calumniae juramentum, hat diese Form in folgenden buchstäblich abgedruckten Versen aufbewahrt:

Istud juretur, quod lis sibi justa videtur,
Et si quaeretur, verum non inficietur,
Nil promittetur, nec falsa probatio detur,
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

dann einen besondren Eid nothwendig, wann kein juramentum calumniae geleistet war (1), in der Regel aber wurden sie auf dieses betheuert (2).

§. 4.

Fortsetzung.

Specielle Eide betreffend, ordnet das kanonische Recht nicht nur für den zum viertenmale Zeugen Vorschlagenden (3) ebenfalls einen solchen an (4), sondren schreibt deren mehrere, vorzüglich folgende vor:

a) Einer aus dem Hause ihres Ehemannes entwichnen, sich mit dem Einwande verbotener Consanguinität schützenden Ehefrau (5);

b) demjenigen, der gegen die Person der Zeugen, nach Bekanntmachung deren Aussagen, ohne es sich vorher vorbehalten zu haben, oder beweisen zu können, daß er sie erst nach der Bekanntmachung erfahren, Einreden vorbringen will (6);

c) demjenigen, der nach abgelaufenem den dilatorischen

---

1) J. Gentilis, de ord. judic., No. 17.

1) Durandus, II, 2, de positionibus, §. 5, 6, de Ferrariis, V init., Alciatus, fol. 158 sqq., Damhouder, c. 152, No. 19 sqq.

3) Oben p. 35, Nota 5.

4) C. 15, 55 X de testib. (2. 20).

5) C. 13 X de rest. spol. (2. 13).

6) C. 31 X de testib. (2. 20).

Einreden vorberaumten Termine neue erfahren haben und vorschützen will (1), endlich

d) das sogenannte juramentum perhorrescentiae (2).

Bei diesen speciellen, den auf uns gekommnen des älteren römischen Rechtes (3) ihrer Natur nach ähnlichen Eiden pflegte sich das Gesetz nach dem veränderten Sprachgebrauche, des Wortes, malitia oder malitiose zu bedienen (4), weshalb sie in Praxi juramenta de malitia genannt wurden (5). Wie dereinst Kaiser Justinian das jusjurandum calumniae, so machte Pabst Bonifaz VIII das juramentum malitiae allgemein, obgleich in dieser Allgemeinheit durchaus verschieden. Er schrieb nehmlich vor (6), der Richter solle in allen Sachen, vor wie nach geschehener Litis Contestation, selbst nach abgelegtem juramento calumniae, so oft es ihm zweckdienlich scheine, den Partheien ein juramentum maliatiae auflegen können. Seinem Ursprunge und seiner Natur nach ist nun freilich das juramentum malitiae nichts anders als das verallgemeinte (ältere) jusjurandum calumniae

---

1) C. 4 X de except. (2. 25).

2) C. 11 de reser. in 6º (1. 3). De Seraphinis, de privilegiis juramentorum, (Francof. 1679, fol.) VII, J. H. Boehmerus, II, 2, §. 72. Dieser Eid ist wohl am füglichsten hierher zu zählen. — In c. 32 X de elect. (1. 6) kömmt ebenfalls ein hierher gehöriger Eid vor, der Fall ist jedoch zu speciell, um ihn besonders herauszuheben.

3) Oben §. 1.

4) C. 32 X de elect. (1. 6), p. 39, Nota 4 sqq..

5) Durandus, l. c., h. t., §. 1, No. 9.

6) C. 2 §. 2 h. t. in 6º.

(speciale), dennoch aber von dem (neuern) jusjurandum calumniae (generale) wesentlich verschieden dadurch, daß dessen Ablegung nicht auf Antrag der Partheien, vielmehr nach Gutdünken vom Richter, selbst wiederholt, auch vor geschehener Litis Contestation angeordnet werden kann. Eigentlich aber erweiterte dieser Pabst hierdurch nur die richterliche Willkühr, nicht aber das jusjurandum calumniae selbst, das er vielmehr in einer andren Verordnung (1), gegen Justinians Vorschrift (2), ganz zu übergehen erlaubte (3).

§. 5.

Reichsgesetzgebung bis zum Jahre 1654.

Sie beruhet im allgemeinen in dieser Lehre auf Gesetz und Praxis der vorigen Periode (4). Konnte gleich

---

1) C. 1 §. 1 h. t. in 6o.

2) Oben, p 34, Nota 5.

3) Dieser Pabst verdient daher J. H. Böhmer's (J. E. P., h. t, §. 2,) scharfen Tadel, weil er die Eide zu vermehren gesucht habe, so wenig, als Justinian das ihm von demselben Rechtsgelehrten (l. c.,) deshalb zu Theil gewordne Lob der Weisheit, weil er die Eide zu vermindern gesucht habe; nie hatte Kaiser Justinian ein solches Bestreben, wohl aber das entgegengesetzte. Sämmtliche einschlagende Verordnungen des Pabstes Bonifaz VIII enthalten übrigens nichts als Sanctionen der früheren Praxis, oder Entscheidungen in derselben streitiger Fragen, vergl. Durandus und Lib. sext., h. t..

4) CGO. 1508, I, 5 citirt ausdrücklich das Speculum juris und c. 1 h. t. in 6o.

das juramentum calumniae (Eid für Gefährde) in jedem Theile der Rechtfertigung geschehen (1), ja, stillschweigend übergangen werden (2), so ward es doch regelmäßig sogleich nach geschehener Litis Contestation, und vor Repetirung der Klage oder Einreichung der Artikel (3), entweder in Selbstperson, oder per procuratorem (4) in seine und seiner Parthei Seele, geleistet (5), und in der Appellations-Instanz auf der Partheien oder ihrer einer Begehren nach geschehener neuen Kriegsbefestigung (6),

---

1) CGO. 1508, I, 5.

2) CGO. 1555, III, 13, §. 2, Conc., III, 15 §. 1. Nur wenn mündlich um dasselbe nachgesucht ward, durfte es nicht vom Richter übergangen werden, DA. 1600, §. 124.

3) Ratification ꝛc. 1500, XIII, 2–4, CGO. 1507, VIII, 9, 1508, a. a. O., 1521, XIX, 7, 8, 1523, III, 3, 4, Nota 2.

4) Wenn gleich c. ult. h. t. in 6? eines mandati specialis nur beiläufig Erwähnung thut, so wollte man doch aus demselben die Nothwendigkeit eines solchen ableiten, obschon hierauf nicht streng gehalten ward, Gaill, Obs. 83, Ummius, XII, 41.

5) RA. 1495, §. 10. Die Eidesformel findet sich RA., 1535, Eide ꝛc., VII, CGO. 1555, I, 65, Conc., I, 87 pr.; sie stimmt mit der in der vorigen Periode üblich gewesenen überein, nur daß sie des Nichtgebrauches falscher Beweisung nicht Erwähnung thut, obschon die Praxis auch hierin der älteren Praxis scheint treu geblieben zu seyn, Liber judiciarius, s: Gerichtsbüchlein (in Senckenberg, C. J. Germ., P, II,) p. 152, Hoch oder gemainer teutscher Nation Formular, (Frankfurt, a. M., 1562,) Th. 3., fol. XXIII, Ayrer, I, 12.

6) Ratification ꝛc. 1500, XVI, 7, CGO. 1508, III, 6, 1555, III, 32, §. 6, Conc., III, 38, §. 15.

nicht minder in der Revisions-Instanz gegen cammergerichtliche Urtheile auf des Gegentheils Verlangen wiederholt (1). Ursprünglich wurden Positionen und Responsionen auf das geleistete juramentum calumniae betheuert (2); nachmals repetirte zwar in der Regel der Kläger gleich nach dessen Ablegung seine articulirte Klage anstatt der Artikel (3), wann es aber präterirt worden, scheint er seine Artikel mittels eines besondren Eides übergeben (4), ein solcher sich auch insonderheit beim Beklagten, der ohnehin seine Responsionen und Defensional ꝛc.-Artikel nicht gleich nach geleistetem Eide für Gefährde, sondren in einem späteren Termine vorzubringen hatte, eingeführt zu haben (5), bei ihm kömmt zuerst die Benennung, juramentum articulorum vor (6), bis endlich immer die Positionen medio juramento dandorum, die Responsionen medio juramento respondendo-

---

1) DA. 1600, §. 145, Conc. I, 87, § 3.

2) Ratification ꝛc. 1500, XIII, 2—4, CGO. 1507, VIII, 9, 1508, I, 5.

3) CGO. 1555, III, 13, §. 3.

4) CGO. 1521, XIX, 7, RA. 1535, Eide ꝛc., XI, XII, CGO. 1555, I, 69, 70, vergl. p. 39, Nota 1.

5) RA. 1535, Eide ꝛc., XIII, XIV, CGO. 1555, I, 71—73. Die Ueberschrift lautet unbedingt: der Eyd des Beklagten auf des Klägers Articul ꝛc., während es beim Kläger bedingt heißt: Form des Eydes, so der Kläger seine Articulos, Mittels des Eydes übergiebt, vergl. Comment. ad Ord. Cam., III, 15, No. 6 in Deckherri, Monumenta lect. camer. antiquae (Wetzlariae, 1720, 4°).

6) CGO. 1555, III, 15, §. 1.

rum übergeben wurden (1), welche Eide jedoch per procuratorem geschehen (2), und, wenn nicht mündlich begehrt, übergangen werden durften (3).

Vom juramento malitiae (Eid der Bosheit), den der Procurator in seine eigene und seiner Parthei Seele schwört, findet sich die Formel (4), außerdem sind folgende specielle Eide vorgeschrieben:

a) Demjenigen, der in termino concludendi oder in der Beschlußschrift auf die Beweisung etwas neues vorbringen will (5),

b) der von Austrägen appellirt, und in der Appellations-Instanz neues vorbringen will (6), endlich

c) das weniger vom Gesetze als durch die Praxis eingeführte juramentum quartae dilationis (7).

---

1) DA. 1600, §. 123, Conc. I, 89, 90, III, 15, §. 2. Gaill, Obs. 79 in fi, 82 init., Ummius, XIII, 14, 26.

2) RA. 1535, Eide 2c., XI, XIV, CGO. 1555, I, 69, 73, Conc., I, 89, 90.

3) DA. 1600, §. 123, Conc., III, 15, §. 2.

4) RA. 1535, Eide 2c., XV, CGO. 1555, I, 74, Conc., I, 91.

5) CGO. 1507, VIII, 10, 1523, III, 9.

6) CGO. 1555, II, 6, §. 1.

7) CGO. 1521, XIX, 8, 1555, III, 16, §. 6, DA. 1600, §. 132, Conc. III, 21, §. 5 ordnen diesen Eid nicht an, er findet sich auch unter den Eiden des RA. 1535 und der CGO. 1555, I nicht, wohl aber im Conc. I, 92, unter der Ueberschrift: der Eid quartae dilationis und derselben Prorogation, aufgeführt, und scheint aus der mißverstandenen Nov. 90, c. 4 entlehnt zu seyn, Textor, IV, 66.

§. 6.

Vom Jahre 1654 bis auf unsre Zeiten.

Der jüngste Reichs-Abschied (1) behält das juramentum calumniae mit etwas veränderter Formel (2) bei, stellt dessen Auferlegung jedoch ganz der richterlichen Willkühr anheim. Man gieng hierbei von dem zwiefachen Gesichtspuncte aus, auf der einen Seite unziemliche Proceßlust zu zähmen, auf der andren das Ablegen zahlloser Eide möglichst zu verhindren (3); es kann in erster Instanz nur einmal (4), braucht aber, selbst auf der Partheien Verlangen, nicht einmal vorzukommen, weshalb es kein wesentliches Stück des Processes ausmacht (5); Gesetz und Gewohnheit hatten diesem Eide eine regelmäßig

1) §. 43.

2) Diese ist in so weit gesetzlich abgeändert, als sie auf Nov. 124, c. 1 beruhte, obschon in Praxi die ältere Formel nichts desto weniger scheint beibehalten worden zu seyn, sie findet sich in Schmaußens, C. J. P., (Ed. Schumann, 1759) P. I, p. 658.

3) De Meiern, II, p. 429, 596.

4) Dafür sprechen seine Natur und Formel.

5) Neurodes, Anm. 115, §. 4. Vom Codice Justinianeo an bis auf das Concept der CGO. vom J. 1613 kömmt das juramentum calumniae in allen unsern Proceßgesetzen gleich hinter der Litis Contestation vor, und wenn es gleich seit Bonifaz VIII (oben p. 37, Nota 10) gesetzlich stillschweigend übergangen werden durfte, so scheint dies in Praxi nur selten, und kaum, wenn es durch einen anderen ähnlichen Eid ersetzt ward, geschehen zu seyn (oben §. 3 in fi., p. 43, Nota 1 sqq.).

bestimmte Stelle im Processe angewiesen, er ist nun aus dieser in die Leere des arbitrii judicis verwiesen, dergestalt daß derselbe eigentlich des Pabstes Bonifaz VIII juramentum malitiae (1) ist, das nur nicht wiederholt kann auferlegt, übrigens durch einen mit Special-Gewalt versehenen Procurator (2) kann abgelegt werden. Ein von beiden Theilen in der Appellations-Instanz nochmals abzulegendes juramentum calumniae kömmt zwar nicht mehr vor, dahingegen hat der Appellant das juramentum calumniae de non frivole appellando in der Regel coram judice ad quem sub poena desertionis, per procuratorem speciale mandatum habentem abzulegen (3), auf dieselbe Weise ist das juramentum revisorium (4) sub poena desertionis zu leisten (5). Will der Appellant in zweiter Instanz neues vorbringen, so muß er besonders schwören (6); kommen Probatorial-Artikel vor, so sind über dieselben die juramenta dandorum et respondendo-

---

1) Oben p. 40, Nota 6.

2) Die Formul eines solchen Special-Mandats ist abgedruckt in Schmaussens, C. J., l. c., p. 656.

3) RA. 1654, §. 118. Die Eidesformel findet sich in Neurodes, Anm. 252, §. 5, auch in Schmaussens, C. J., l. c., p. 660, wo sich, p. 658, die formula mandati specialis ebenfalls findet. Dieser Eid nimmt zugleich einen andren höchst speciellen Eid (oben, p. 44, Nota 6) in sich auf.

4) Oben p. 42, Nota 4.

5) RA. 1654, §. 125.

6) Ebend., §. 73. Dies ist ebenfalls eine Ausdehnung des (Nota 3 in fi.) angegebnen speciellen Eides, Neurodes, Anm. 170.

rum abzulegen (1); die quarta dilatio probandi ist eingezogen, und der bei derselben früher vorgeschriebne Eid (2) auf die dritte Dilation übertragen (3); endlich kömmt ein specieller Eid bei wegen neuen Beweises gegen abgelaufene Nothfristen und Urtheile nachgesuchter restitutio in integrum hinzu, der ebenfalls durch einen Special-Bevollmächtigten geleistet werden kann (4), und das juramentum redintegrationis actorum (5).

§. 7.

Gemeines deutsches Recht.

Die Lehre vom juramento calumniae hat das monströse Ansehen eines uralten planlos aufgeführten Gebäudes, das nach den vielfach verschiednen Einsichten, Launen und Bequemlichkeiten seiner vielen verschiednen Besitzer abgeändert, theilweise niedergerissen, wieder erbauet, und mit neuen Schnörkeln, Erkern, ja, ganzen Stockwerken versehen worden. Die älteren wie neueren römischen, päbstlichen und Reichs-Gesetzgebungen haben an diese Lehre ihre Schlacken abgesetzt.

---

1) RA. 1654, §. 41, 49.

2) Oben §. 5 in fi..

3) RA. 1654, §. 50. Neurodes, Anm. 130, §. 1, 6 sqq..

4) G. B. v. 7ten Juli 1669, v. 7ten Juli 1671; desselben geschieht auch Erwähnung im VA. v. 27ten Novemb. 1713, v. 4ten April. 1721 und v. 9ten Febr. 1733.

5) G. B. v. 25ten Mai 1693.

Es sind durch kein späteres Gesetz abgeschafft, bestehen daher gesetzlich noch,

1) die speciellen Eide des älteren römischen Rechtes (§. 1 (1),

2) die von Justinian angeordneten speciellen Eide (§. 2),

3) die speciellen Eide des kanonischen Rechtes (§. 4),

4) die juramenta dandorum et respondendorum (§ 5),

5) die durch die Reichsgesetzgebung eingeführten besonderen Eide (§. 5, 6), endlich

6) das juramentum calumniae des jüngsten Reichsabschiedes (§. 6) (2).

§. 8.

Praxis.

Der Fluth dieser so zweck- als nutzlosen Nebeneide haben fast allenthalben in Deutschland die einzelnen Landes-

---

1) Sie sind zum Theil unpractisch worden, nicht aber, wie viele der Meinung waren, durch Nov. 49, c. 3 abgeschafft, I H. Boehmerus, h. t, §. 2, vergl. Nov. Leon. 99.

2) Dieses sollte seiner Natur und Formel nach, nicht nur das frühere juramentum calumniae generale, sondern auch das juramentum malitiae generale in sich aufnehmen, (vergl. die Formeln im Conc. I, 87, 91 mit der im § 43 des IRA. vorgeschriebnen Formel,) und in so fern abschaffen, als überhaupt einer Parthei mehr nicht als einmal in einem Rechtsstreite ein solcher genereller Eid, abgesehen von den vorgeschriebenen speciellen Eiden, auferlegt werden durfte; die vom Cammer-Gerichte im G. B. v. 25ten August 1656 angeordnete formula juramenti calumniae (p. 45, Nota 2,) stimmt jedoch mit der Vorschrift des §. 43 des jüngsten RA. nicht ganz überein.

Proceß- und Gerichtsordnungen Dämme entgegen gesetzt, und in neuren Zeiten ist sie fast ganz zerronnen, wozu die Auflösung der Reichsgerichte vorzüglich mit beigetragen hat.

Der Gesetzgeber soll insbesondre im Anordnen des Eides behutsam seyn, höchstens darf er sich desselben als des letzten Mittels, die Wahrheit zu erfahren bedienen, er glaube aber nicht, gleichsam durch ein stehendes Heer von Nebeneiden das forum gegen Proceßlust, bösen Willen und Chicane vertheidigen zu können, wie Kaiser Justinian der Meinung war; in der ersten Zeit mögen solche Nebeneide manchen vom Proceßiren abhalten, haben sich aber erst die Menschen an dieselben gewöhnt, so werden nicht nur sie gedankenlos geleistet, sondren es ist um die Heiligkeit des Eides überhaupt geschehen, und auch vom Haupteide darf man sich keine Wirkung mehr versprechen. Der mehr fromme als einsichtsvolle Kaiser Justinian that sich freilich auf seine Verordnung, das jusjurandum calumniae betreffend, etwas zu gut, schon Leo dem Philosophen scheinen aber gegen dieselbe, sogar mit religiösen Gründen unterstützte Vorstellungen, wiewohl fruchtlos, gemacht worden zu seyn (1), und zu allen Zeiten fand sie unter den Rechtsgelehrten Widersacher und Vertheidiger (2). Unsre neuern Proceßlehrer gehen von dem Grundsatze aus, es sey der Gebrauch der

1) Nov. Leon. 97. Die Praxis jener Zeit scheint sich jedoch widerspänstig gezeigt zu haben, Nov. Leon. 99, 107.

2) Ueber die Zweckmäßigkeit des juramenti calumniae lagen schon Baldus und Bartolus im Streit, der erste hatte sich gegen, der andre für dasselbe erklärt.

Eide möglichst zu beschränken (1), weil es aber rücksichtlich des juramenti calumniae kein Gesetz in der wünschenswerthen Ausdehnung gethan hat, lassen sie es einstweilen durch den Gerichtsgebrauch geschehen (2), wie denn nicht zu läugnen ist, daß dasselbe, der Partheien eigentlich der richterlichen Willkühr überlassen, und von Bevollmächtigten abgelegt, mehr und mehr an Ansehen verliehren, und aus dem Gebrauche kommen mußte; auffallend ist es nur, warum sie grade das juramentum malitiae generale wollen fortbestehen lassen (3), was nicht einmal der Verfasser des jüngsten Reichs-Abschiedes Wille scheint gewesen zu seyn. Mit Recht verbannt von Gönner die Calumnieneide gänzlich aus dem Civilprocesse in seinem Entwurfe eines Gesetzbuches über denselben (4).

---

1) Thibaut, §. 1159.
2) Grolman, §. 69 in fi..
3) Martin, §. 301, Thibaut, §. 1161.
4) Motive, I, 3, §. 14.

V.

Ueber das ordentliche Beweisverfahren.

§. 1.

Römisches Recht.

Die gerichtliche Verhandlung geschah mündlich, in älteren Zeiten regelmäßig theils vor dem Magistratus (in jure), theils vor dem Judex (in judicio); von ersterem forderten die Partheien die geeignete Instruction, nach welcher letzterer den Rechtsstreit zu entscheiden hatte; was vor dem Magistratus eingestanden war, darüber bedurfte es keiner weiteren Verhandlung vor dem Judex, an den vielmehr nur die unter den Partheien streitigen Puncte zur Untersuchung und Aburtheilung verwiesen wurden (1), vor den daher in der Regel das Beweisverfahren gehörte (2). Dieses war der Natur der mündli-

1) Hugo, Geschichte des römischen Rechts, §. 116, Ueber Litis Contestation und Einreden, I, 2.

2) L. 1 §. 3 D. de edendo (2. 13), L. 1, 31 D. de jurejur. (12. 2), L. 25 §. 3 D. de probat. (22. 3), L. 1 §. 2, L. 3 §. 1, 6, L. 18 D. de testib. (22. 5), L. 1 C. de edendo (2. 1).

chen Verhandlung gemäß sehr einfach (1), der Judex interloquirte (2) auf Beweis, wenn solchen die Partheien nicht von selbst erbracht hatten; gegen Interlocute überhaupt fand als Regel nicht, und nur in Ausnahmsfällen Appellation statt (3). Als nachmals (4) der Unterschied zwischen einer Verhandlung in jure und einer in judicio aufhörte, und derselbe Richter über die ganze Sache erkannte, blieb es im allgemeinen nichts desto weniger bei den mündlichen Verhandlungen, und die Verändrung hatte auf das Beweisverfahren (5) geringen Einfluß; vor der sententia definitiva sollte in der Regel nicht mehr appellirt werden können (6). —

---

1) Z. B., Cicero, Pro Roscio Comoedo, 1, Macrob., Satura., III, 16; m. vergl. Sigonius, de judiciis, I, 28, Bretus, Ordo perant. judic. civ., c. 38.

2) Brissonius, de V. S., v. interloqui, interloquntio, Giphanius, ad L. 9 C. de sent. et interloc. (7. 45).

3) L. 1 §. 2 D. de appellat. (49. 1), L. 37, 60, 65 C. T. eod. (11. 30), L. 1 — 5, 11, 15, 16, 18, 23 — 25, 29 C. T. quorum appell. non recip. (11. 36), L. 5, 7 C. eod. (7. 45), L. 2 C. de episc. aud. (1. 4). Vor Constantin scheinen solche Appellationen ohne große Schwierigkeit zugelassen worden zu seyn, womit auch die jetzt nur als Ausnahme zu betrachtende L. 2 D. de appell. recip. (49. 5) übereinstimmt.

4) Ueber Litis Contestation und Einreden, I, 4.

5) Mit diesem sind die einzelnen Beweismittel, über die manche neue Verordnungen erlassen wurden, nicht zu verwechseln.

6) L. 16 C. de judic. (3. 1), L. ult. C. de sent. et interl. (7. 45), Cujacius, Obs., XII, 3.

Zu allen Zeiten aber traf die Beweislast den Kläger zuerst, dergestalt daß nur nach von demselben erwiesenem Klagegrunde, der Beklagte zum Beweise seiner Einreden gehalten war (1).

§. 2.

Kanonisches Recht.

Die Proceßlehrer dieser Periode lassen den Rechtsstreit in drei Theile zerfallen, in einen vorbereitenden, vom Anbringen der Klage bis zur Litis Contestation, in einen instruirenden, von letzterer bis zum Urtheile, dann in den letzten dieses und die Execution in sich begreifenden Theil (2); das Beweisverfahren gehörte dieser Eintheilung zufolge in den mittleren Theil, den es beinahe ausfüllte, ward aber nicht besonders herausgehoben. Der Litis Contestation folgten unmittelbar die juramenta calumniae, diesen die Positionen und Responsionen; wenn hiernach noch etwas abgeläugnet war, beraumte der Richter einen Termin zum Beweise an (3);

---

1) L. 4 C. de edendo (2. 1), L. 19, 23 C. de probat. (4. 19), L. 9 C. de praescr. l. t. (7. 33), L. 9 C. de except. (8. 36), Ueber Litis Contestation und Einreden, I, 4.

2) Tancretus, II — IV, Durandus, II, Prooemium, Alciatus, fol. 1.

3) C. 9 X de probat. (2. 19), Durandus, II, 2, Rubr. de probat.. Gewöhnlich wurden drei (vierzehntägige oder vierwöchentliche) Termine anberaumt.

das Verfahren über diesen war verschieden nach den verschiedenen Beweismitteln. Das ältere kanonische Recht gestattete überhaupt von Interlocuten die Appellation (1), das neure (2) und die Praxis (3) nur aus besondern Gründen, letztere pflegte sie mehr als nichtig anzufechten (4). Manche Legisten fanden die Appellation von solchen Interlocuten, die eine durch die Berufung vom Endurtheile nicht zu hebende Beschwerde zufügen, oder welche die Kraft eines Endurtheils haben (interlocutiones definitivae vim habentes), zulässig (5), manche nicht (6); bei sonstigen Interlocuten war die unterlassene Berufung wenigstens unschädlich, weil der Appellationsrichter über das Endurtheil, auch die durch jene zugefügte Beschwerde abändern durfte (7). —

Der Beweis der Einrede folgte dem erbrachten der Klage (8), in Praxi pflegte aber beiden ein Termin vorberaumt zu werden (9).

---

1) Decr. Grat., P. II, C. 2, qu. 6, c. 18, c. 12 X de appellat. (2. 28).

2) C. 59 X eod.

3) Durandus, II, 3, eod, §. 2, No. 28 sqq.

4) De Ferrariis, XIX, 4.

5) Bartolus, ad L. 9 D. qui satisd. cog. (2. 8), ad L. 2 D. de app. recip. (49. 5).

6) Azonis Summa in C., VII, 62, No. 15.

7) C. ult. de appell. in 6? (2. 15).

8) Glossa ult. ad c. 29 X de test. (2. 20).

9) Durandus, II, 2, Rubr. de probat.

§. 3.

Reichsgesetzgebung.

Ursprünglich schloßen sich die Reichsgesetze ganz der Praxis der vorigen Periode an (1), exceptiones peremtoriae konnten erst nach fundirter Klage vorgebracht werden (2), über sie ward alsdann rücksichtlich des Beweises, wie über die Hauptsache verhandelt (3). Dadurch aber daß dieselben nachmals neben den Responsionen vorgeschützt werden mußten, schob sich der Beweis-Auflage Re- und Duplikschrift vor (4). Später regelte sich die ganze Verhandlung in weitläufigere ständige Termine, deren das gegenseitige Beweisverfahren einen Theil ausfüllte (5). Dem Kläger ward nach Ermäßung des Gerichts eine Zeit vorberaumt, seine Artikel, so viel deren verneint worden wären, zu beweisen (6), dasselbe galt vom Beklagten rücksichtlich seiner endlichen Auszüge (7); nach

---

1) Ratification rc. 1500, XIII, 5, CGO. 1508, I, 8—14.

2) Ratification rc. 1500, XIV, 1, CGO. 1508, IV, 1.

3) Ratification rc 1500, XIV, 3, CGO. 1508, IV, 3. Hierauf ward re- und duplicirt, CGO. 1508, a. a. O..

4) CGO. 1521, XIX, 8, 1523, III, 4.

5) CGO. 1555, III, 16, 27—29, Conc. III, 20, 21, 30—32. Die vorgeschriebenen Termine beziehen sich besonders auf das Cammergericht, dem auch das Beweisverfahren vor Commissionen eigenthümlich war.

6) Ratification rc. 1500, XIII, 5, CGO. 1555, III, 15 §. 11, 16 §. 1.

7) CGO. 1508, IV, 1555, III, 29 §. 1.

geführtem Beweise, z. B., eröffnetem Zeugen-Rotul, fand zwischen den Partheien neuer Schriftwechsel statt (1); über Hauptsache und peremtorische Einreden ward aber gegen das ältere Prinzip, wenn auch in verschiedenen Terminen, doch gleichzeitig verhandelt (2). Rücksichtlich der Interlocute sollte die Appellation von solchen, wo die Beschwerung, in der Appellation bestimmt, durch die Appellation vom Endurtheile in der Hauptsache möchte erstattet und herwieder gebracht werden, nicht angenommen werden (3), wohl aber von Beiurtheilen die Kraft eines Endurtheils hätten, und von solchen Interlocutorien und Beschwerungen, die durch Mittel der Appellation von dem Endurtheile nicht wiedergebracht werden mögen, zwischen welchen beiden selbst ein formeller Unterschied statt fand (4).

---

1) Ratification rc. 1500, XIII, 6, 7; dieser Sätze waren regelmäßig vier, CGO 1521, XIX, 10, ihre Anzahl jedoch dem richterlichen Ermessen heimgegeben, CGO. 1523, III, 9, sie spannen sich endlich auf sechs aus, dergestalt jedoch, daß die beiden letzten eigentlich mündliche Beschlüsse seyn sollten, CGO. 1555, III, 18—23, Conc. III, 24—26.

2) Ueber Litis Contestation und Einreden, III, 3 circa fi..

3) CGO. 1495, §. 24, CGO. 1555, II, 28 §. 6, Conc. II, 31 §. 15.

4) CGO. 1555, II 29, §. 3, 4, III, 31 §. 10, 11, RDA. 1600, §. 113, Conc. II, 32 §. 2, 3, GAILL, Obs., I, 130.

§. 4.

Fortsetzung.

Der jüngste Reichs-Abschied (1) stellt folgende hier einschlagende Vorschriften auf. Es steht in des Klägers Willkühr die probatoria, vorzüglich wenn sie in brieflichen Urkunden bestehen, neben seiner Klage, gleich bei Ausziehung der Processe, oder im ersten Termin einzubringen, oder auch erst des Beklagten Verantwortung abzuwarten (2). Waren die Probatorien mit dem Klaglibelle eingereicht, und dem Beklagten insinuirt, so mußte dieser sich im ersten Termine auf dieselben mit erklären (3), waren sie aber erst in diesem Termine eingebracht, so mußte der Beklagte sich zwar in demselben noch in puncto recognitionis auf des Klägers Erfordern vernehmen lassen, konnte aber übrigens Abschrift und Zeit, darauf zu handlen, begehren (4). Hatte jedoch der Kläger des Beklagten Antwort erst abgewartet, so übergab er im andren Termine mit seiner Replik die zum Beweise des Nichteingestandnen dienenden Urkunden, oder bat, falls er sich des Zeugenbeweises bedienen

---

1) Ueber die Geschichte der Gesetzgebung, unten §. 7.

2) §. 35. Neurodes, Anm. 182, §. 1 will auch den §. 79 von allen angebrachten Klagen verstanden wissen, wahrscheinlicher aber ist derselbe nur vom Mandatsprocesse zu verstehen; die Praxis des Cammergerichts stimmte jedoch mit ersterer Meinung überein, Tafingerus, §. 747.

3) §. 37, 39.

4) §. 39.

wollte, um Ernennung von Commissarien (1). Dasselbe Verhältniß trat bei der Vertheidigung des Beklagten ein (2). Nach bekannt gemachten Attestationes soll einer jeden Parthei regelmäßig nur ein Schriftsatz verstattet seyn (3). In Betreff der Appellation von Interlocuten ward nichts abgeändert (4), gegen Beweis-Interlocute war sie ohne Zweifel zulässig (5).

§. 5.

Sächsisches Recht.

Die Beweisfrist war in älteren Zeiten auf sechs Wochen festgesetzt (6), zu welchen in neuren noch drei Tage, von erlangter Rechtskraft des Beweisurtheils an gerechnet, gekommen sind (7); dieses folgte der negativen Litis Contestation (8), theilweise affirmativen (9), oder

---

1) §. 45, 47.

2) § 46, 48.

3) §. 56, 57.

4) §. 58.

5) De Ludolf, de jure camerali, p. 146.

6) Landrecht, I, 62, Weichbild, Art. 75, 86.

7) Const. Elect., I, 16, Sächs. P.- und G.-O., XX, 1, gegen dasselbe fanden Rechtsmittel statt.

8) Das Erkenntniß lautet: „dieweil Beklagter auf die erhobene Klage geantwortet, und solcher nicht geständig, so ist „Kläger den Grund derselben in sächsischer Frist, wie recht, „zu beweisen schuldig," ꝛc., Fibigius, p. 202.

9) Hier wird zwischen „nicht geständig" das Wort: allenthalben, und nach „der Grund derselben," die Phrase: und so viel ihm daran verneinet, eingeschoben, Fibigius, l. c..

ganz affirmativen mit angehängter peremtorischen Einrede (1). Die Beweisfrist ist peremtorisch (2), und läuft vom Augenblicke der erlangten Rechtskraft des Beweis-Erkenntnisses an (3), im Laufe derselben werden die Beweis-Artikel mit Benennung der Zeugen oder Beweis-Urkunden eingereicht (4). Ist im ordentlichen Processe der Beweis, z. B., durch Urkunden gleich mit der Klage angetreten, so kann hierauf doch nicht eher erkannt werden, bis nach geschehener Litis Contestation von Seiten des Beklagten, und Reproduction der Urkunden in vim probationis von Seiten des Klägers (5), darum ist anticipirter Beweis zwar erlaubt, aber nicht rathsam (6). Scharf ist der Gegenbeweis herausgehoben, worunter eigentlich der gegen den vom Gegner unternommnen, uneigentlich auch der Beweis vorgeschützter peremtorischer Einreden begriffen (7), er braucht nicht besonders im Beweis-Urtheile oder sonst vorbehalten zu seyn (8), auch

---

1) Es wird erkannt: „dieweil ꝛc. solcher geständig, daneben „aber auf ein (z. B.) Herkommen sich berufen, so ist er sol„ches in sächsischer Frist, wie recht, zu erweisen schuldig,“ ꝛc., Fibigius, p. 203. Danach läßt sich leicht das Erkenntniß, wenn neben der negativen Litis Contestation eine peremtorische Einrede vorgebracht worden, zusammensetzen.

2) P.- und G.-O., XX, 4.

3) Carpzovius, I, 16, Defin. 8, Martinus, XX, 1, No. 343.

4) P. und G.-O., XX, 1.

5) Ebend., XXIV, 3.

6) Martinus, l. c., No. 306, 315—317.

7) P.- und G.-O., XXI, 4, Martinus, XXI, Rubr..

8) P.- und G.-O., XXI, 1. Der Vorbehalt geschieht jedoch gewöhnlich, Fibigius, p. 202.

ist ihm ebenfalls eine sächsische Frist vorgeschrieben (1), dergestalt jedoch, daß vor allen Dingen dahin zu sehen, ob der Kläger den Grund seiner Klage erwiesen, weil wenn solches nicht geschehen, der Beklagte, von allem andren abgesehen, zu absolviren ist (2). Der publicirte Beweis wird in zwei Sätzen angefochten und salvirt (3).

§. 6.

Gemeine deutsche Praxis.

Nur die Cameral-Rechtslehrer und -Praxis bleiben den Anordnungen der Reichsgesetzgebung treu, die Partheien sollen ohne richterliche Auflage den Beweis antreten, wo dies aber nicht geschehen, der Richter solchen, gewöhnlich hinter der Replik, auferlegen (4), sonst hat mit der Duplik der Beklagte den Beweis seiner nicht zugestandnen Einreden zu erbringen (5); vom eigentlichen Gegenbeweise wissen die älteren gar nichts (6), und

1) P.- und G.-O., XXI, 1, 2, wo sich auch die näheren Bestimmungen über die Zeit, von wo an sie läuft, finden, die jedoch nicht grade immer muß abgewartet werden, ebend., XXI, 3.

2) Ebend., XXI, 5.

3) Ebend., XXIX.

4) Puetterus, Introd., §. 182, 226 sqq., Tafingerus, §. 812 sqq., vergl. auch von Linden, Grundlinien der bürg. Rechtspraxis, I, §. 246 sqq..

5) Puetterus, §. 236, Tafingerus, §. 827.

6) Z. B., Blumen, de Ludolf etc..

die neuren wenig (1). Die übrigen älteren Proceßlehrer, ohnehin großentheils in Sachsen oder Preußen wohnhaft, folgen mehr oder weniger dem sächsischen Processe, hinter der Lehre von Litis Contestation und Einreden handlen sie sofort (2) vom Beweise im allgemeinen, wo auch die Lehre vom Gegenbeweise mitgenommen wird; die meisten lehren sächsisches Recht, das sie auch citiren, als gemeines (3), und da die Proceßleitung nach dem jüngsten Reichs Abschiede, was das Beweisverfahren anbetrifft, sehr schwankend, unvollständig, und getrennt von den festen Terminen und Commissionen der Reichsgerichte, kaum anwendbar ist, so fixirte sich nach ihnen die Praxis, deren Rechtfertigung durch Stellen aus dem recipirten Rechte, und dessen Anwendung auf dieselbe, zum Theil hinterdrein gewaltsam versucht ward (4). Auf diese Weise sonderte sich ein erstes Verfahren, dem ein Re- und Duplikſatz hinzugefügt ward, in neuren Zeiten von der Verhandlung über den Beweis durch die Scheidewand eines Erkenntnisses ab (5), welches dasjenige, was in der Sache bewiesen werden muß,

---

1) Puetterus, §. 235 sqq., Tafingerus, §. 827, beide beziehen sich auf Estor.

2) Einige schalten hier das juramentum calumniae, und Positionen und Responsionen ein.

3) Brunnemannus, c. 18, Ludovici, c. 15, Strykius, Introd., c. 17, Schaumburg, p. 158 sqq.

4) Einen solchen Mischmasch lehrt Estor I, §. 257 sqq, 701 sqq., Hofmann, I, §. 424 sqq.

5) Claproth, O. P., Hauptstück 12 und 13, Grolman, §. 185.

(Beweisthema), bestimmt festzusetzen hat (1), deshalb wird die Anticipation des Beweises widerrathen (2), aber über den Gegenbeweis weitläufig abgehandelt (3), alles jedoch ohne sich um die eigentliche Quelle zu kümmern. Sind gleich die älteren Gesetze, die Appellation von Interlocuten betreffend, in neuren Zeiten nicht mehr ganz erkannt und bekannt (4), so führen doch die angestellten so mühevollen als scharfsinnigen Untersuchungen und Unterscheidungen aus der Natur der Rechtsmittel im allgemeinen mit ihnen zu ähnlichen Resultaten (5).

§. 7

Von Gönner, Entwurf eines Gesetzbuches ꝛc..

Obgleich Gönner in seinem Handbuche (6) versicherte, „mit den Maximen einer guten Gesetzgebung die „Verbindnug der Beweise mit den ersten Verhandlungen „niemals vereinbaren zu können", legt er doch seinem Entwurfe (7) grade diese Verbindung als „eine für

---

1) Claproth, a. a. O., §. 214, Gönner, Handbuch II, 38, Grolman, §. 186, Martin, §. 175.

2) Claproth, a. a. O., §. 214, Gönner, a. a. O., II, 40, §. 2.

3) Gönner, a. a. O., II, 41, 42, Grolman, §. 96, 97, Thibaut, §. 1148, 1149.

4) Gönner, a. a. O., III, 61, §. 26 sqq..

5) Gönner, a. a. O., III, 56, §. 4 in fi., 5, Grolman, §. 99 sqq..

6) II, 40, §. 2.

7) B. 1, II, 1 §. 2, 10.

„den ganzen Proceß höchst wichtige Verbeßrung, die sich jede „neue Gesetzgebung anzueignen habe, wolle sie nicht weit „hinter ihr Zeitalter zurücktreten“ (1), zum Grunde. Sollte man aber wirklich „nur geleitet durch Geschichte „der Legislation zum Ziele gelangen“ (2), so dürfte die Geschichte der jüngsten Reichsgesetzgebung, diesen Gegenstand betreffend (3), hier nicht am unrechten Orte stehen.

Das cammergerichtliche Bedenken vom J. 1643 drückte sich dahin aus (4):

„Wäre reiflich zu bedenken, ob nicht dem Proceß ein „merklicher Vorschub gegeben werden könnte, wann nehm„lich sowohl in Appellations-, als simplicis querelae „Sachen das Mittel ergriffen würde, daß stracks cum „productione libelli und erster Klag eine jede Parthey, „es wäre nun actor appellans oder reus und appellatus, „una cum articulis suis positionalibus oder defensiona„libus alsobald, welche articulos er ferner zu beweisen und „per documenta oder durch Zeugen zu probiren vorha„bens wäre, in specie benamsete, gestalt 1593 den 13 „Sept. per S. Con. auch verordnet, gleichwohl Ao. 1600, „§. Es seynd in dem ꝛc. wieder aufgehoben worden, „videatur Roding. in Pand. Cam., L. 3, Tit. 28, No. 25, „§. in hoc dubio etc., auch zu dem End in primo oder „respective secundo termino solche judici originaliter, „oder auf's wenigste in vidimata copia exhibirte und vor„zeigte, solche auch adversae parti alsbald una cum li-

1) B. 2, Abth. 2, p. 300 sqq..

2) Gönner, Handbuch, III, 61 §. 28 init..

3) Neurodes, Anm. 91.

4) De Meiern, II, p. 143.

„bello oder defensionalibus communicirte, und darauf „zu handlen, kurzer Präjudicial=Termin (pro circumstan- „tia temporis et loci assignandus) gestattet, und derselbe „zu antworten schuldig seyn müßte. Denn dadurch könn= „ten viel vergebliche submissiones verhindert, und dem „judici alsbald vor Augen taliter qualiter gestellt wer= „den, welcher Theil eine gute Sache fovirt, und nicht „calumniose litigiren wollte, dahingegen, wann der „bishero gewöhnliche und geübte Proceß observirt, „post productionem nudi libelli, der Gegentheil alsobald „Zeit und gewöhnliche acht Monat bitten thut, in wel= „chen Responsionen taliter qualiter gegeben, und biswei= „len fernere Antwort in specie auf jede Articul erst auf= „erlegt werden muß, und dann erstlich ein und ander „Theil ad probandum zugelaßen wird, welches, wie „leichtlich zu erachten, viel Zeit, indem die Sach quasi „de novo muß tractirt werden, erfordert, da sonsten, „wann die Sach gleich anfangs cum exhibitione libelli „(weil actor ohne das allezeit paratus ad judicium kom= „men soll) instruiret, und mit documentis belegt, oder „genugsamen Zeugen bewiesen würde, (welche alsdann, „wann es nicht zuvor geschehen, auf gebetene Commission „förderlich abgehöret werden könnten) die Partheien „viel leichter ad submissionem, und der Richter ad de- „finitive pronunciandum kommen könnte."

Diesen Vorschlag fand die Reichsdeputation zu Frank= furt genehm, und äußert sich in ihrem Gutachten vom J. 1644 dahin (1):

„So

---

1) De Meiern, II, p. 195.

„So viel die causas simplicis querelae, appellationis, „und mandatorum cum clausula belangt, da halten der „Churfürsten, auch deputirten Fürsten und Stände Ge„sandten, zu Beförderung der allzulangweiligen Kostspil„dung und hochschädlichen Processen, und zwar aus den „von dem Cammergericht in ihren eingeschickten Conside„rationen angeführten und mehrern Ursachen und Moti„ven nicht undienlich zu seyn, daß die probatoria jeder„zeit una cum libello in primo termino, in secundo „aber die responsiones, defensionales und gleichfalls cum „probatoriis una cum exceptionibus contra probatoria „vorzubringen seyn."

Einer andren Ansicht folgte das Reichsgutachten, die Verbeßrung des Justizwesens in Deutschland betreffend, vom J. 1653 (1):

„Es solle einem jeden Kläger unverwehret, son„dren vergönnet und zugelassen, auch in seine Willkühr „gestellet seyn, ob er die probatoria um sein selbst Beß„tes willen, zu Beschleunigung der Sachen, gleich bei „Ausziehung der Processe, oder auch in primo termino, „vornehmlich wenn sie in brieflichen Urkunden bestün„den, mit der Klage einbringen, oder sich sonst in an„dere Wege mit Zeugen, oder Eides-Erbietung zum „Beweisthum gefaßt machen, oder solches alles dahin, „bis der Beklagte mit seiner Verantwortung einkommen, „ad secundum terminum verschieben wolle ꝛc.. Son„sten müßte der Beklagte ebenmäßig in primo hoc ter„mino erscheinen, und, wann die probatoria mit insi„nuirt wären, auf dieselben gleichfalls verfahren, wo

1) De Meiern, II, p. 428 sqq..

„aber nicht, und der actor solche erst an diesem ersten „Gerichtstage einbrächte, wäre dem Beklagten unver„wehrt, Abschrift und terminum, um darauf zu ver„fahren, zu begehren, jedoch daß er nichts desto we„niger in puncto recognitionis auf des Klägers Er„fordren, sich der Gebühr recognoscendo vel diffitendo „ea, sub solito praejudicio et mulcta procuratoris, ver„nehmen lassen müßte ꝛc.. Wann nun der Beklagte auf „des Klägers Libell und Klage excipiendo und mit sei„ner Gegenhandlung verfahren, sollte der Kläger auf „den andern Termin repliciren, und gleichfalls mit seiner „Nothdurft verfahren, wenigers nicht zu Beweisung des„sen, was ihm von reo negiret worden, so viel nöthig „und ohne Ueberfluß bereit seyn, dergestalt, daß so der „Beweisthum mit brieflichen Documenten zu erstatten, er „dieselbige, wo es nicht bereits zuvor geschehen, in hoc „secundo termino zumal produciren, recognitionem qua„tenus opus zu begehren, schuldig seyn solle. Im Fall aber „solche Gegenhandlung des Beklagten auf diesen Termin „fiele, müßte derselbe auf all solche des Klägers Einbrin„gen antworten, seine Gegennothdurft, Gegenklage, wie „auch seine documenta, oder was ihm sonsten zum Be„weisthum dienen möchte, einbringen. Und solcher Ge„stalt hätte ferners der Kläger den nächstfolgenden drit„ten Termin auf solche seines Gegentheils Antwort und „hauptsächliche Handlung, Gegenklage, und was in vim „probandi einbracht, zu verfahren.“

Bei den im J. 1654 in puncto justitiae gepflogenen Verhandlungen, gab Braunschweig-Wolfenbüttel folgendes votum ab (1):

---

1) De Meiern, II, p. 526 sqq.

„Wenn der actor seine articulos eingegeben, werde „oftmals alsobald ad probationes geschritten, und dieselben zugelassen, ehe und zuvor man gewiß, ob es auch „solcher Probation vonnöthen, und ob der cardo negotii „in dem, was zu probiren vorgenommen werde, bestehe „oder nicht, da würden Commissarii gebeten, über deren Personen werde oftmals ex capite suspicionis, „oder sonst excipirt, replicirt, interloquirt. An Seiten „des rei werde es hingegen auch also gehalten, auch dannenhero oftmals die acta mit rotulis also angefüllet, „daß kaum ein Maulthier sufficient dieselben zu tragen, „was aber für Zeit dazu gehöre, wann dieselben vom „Re- und Correferenten durchgelesen werden sollten, „und wie dadurch die decisiones verhindert und aufgezogen würden, sey leicht zu begreifen, und befinde sich „dennoch unterweilen bei der Relation, daß durch so „viele probationes, rotulos etc. dasjenige nicht erhalten, oder erwiesen, worin das rechte κρινομενον stecke, sondern der Richter alsdann allererst, wann die „Partheien so lange und viele Jahre litigiret, und er „jetzo das Urtheil sprechen solle, er der Richter den Partheien allererst auferlegen müsse, was zu probiren sey, „welches viel besser stracks im Anfange geschehen können, „wann die Partheien hauptsächlich in der Kürze verhöret, „und dasjenige, was zu probiren nöthig, von dem Richter definirt worden. Die Erfahrung bezeuge, daß aus „vorangezogenen Ursachen viele Proceß 40, 60, 80, ja, „über 100 Jahr angestanden. Daß unnöthig sey, in „causis simplicis querelae die pobatorialia stracks zu Anfang mit zu übergeben, und mit der Probation zu verfahren, erscheine verhoffentlich aus dem, was angeführet

„worden, sintemal der Kläger und Richter nicht wissen „könne, ob der Beklagte solche des Klägers Assertion „läugnen, oder gestehen, oder sonsten auf ein andres sich be„rufen möchte, und daß der angemaßten Probation nicht von„nöthen, weniger daß Geld und Zeit darauf verwendet „werden sollte, sey dannenhero nicht allein nicht nütz„lich, sondren extreme schädlich und einer kurzen Abhel„fung der Sachen hinderlich. Daß eine simplex citatio „erkannt werde, sey nicht nöthig, des partis jura et „probationes vorher zu ersehen, sintemal eine solche citatio „dem Beklagten et citato das geringste Präjudiz nicht „mache, oder ihm schädlich sey, sondren periculo actoris „erkannt werde, welcher in der Gefahr stehen müsse, „wofern er seiner Assertion auf erforderten Fall nicht „erweisen könne, daß er die expensas litis dem Beklag„ten zu bezahlen condemniret werde. Es sey auch dem „actori und dessen gerechten Sachen oftmals sehr schäd„lich, sintemal wann der reus sich besorgen müsse, daß „der Kläger sehr starke probationes, easque non unius „generis habe, und er dannenhero entweder bei Zeiten „cediren, oder in seiner hauptsächlichen Antwort viel „weiter herausgehen, und der Sache näher treten müßte; „er aber bei der Klage aus den übergebenen probatoriis „siehet, daß der Kläger ihn am rechten Ort nicht tref„fen werde, halte er zurück, und müße deswegen oft„mals der Kläger in einer rechten befugten Sache unter„liegen."

Die im cammergerichtlichen Bedenken vom J. 1643 und Reichsdeputations-Gutachten vom J. 1644 aufge-

stellte, von Calenberg (1) bei den Verhandlungen vertheidigte Ansicht, wie die Braunschweig-Wolfenbüttel'sche, mußten jedoch beide dem im Reichsgutachten vom J. 1653 aufgestellten, gewissermaßen vermittelnden, wohl darum mit schwankenden Prinzipe weichen (2); dieses trifft am wenigsten der Vorwurf, daß es jeden Rechtsstreit „als ein großes Drama in zwei Acten erscheinen" lasse (3), und eher der gegentheilige allzugeringer Bestimmtheit und den Beweisverhandlungen zu schwach gezogener Gränzlinie.

Über die Appellation von Interlocuten stellt der Entwurf (4) weder neue Ansichten, noch unzweifelhafte Bestimmungen auf (5), ersteres gilt auch vom Gegenbeweise (6).

---

1) De Meiern, II, p. 540.

2) Oben, §. 5.

3) Von Gönner, Entwurf rc., B. 2, Motive, Abth. 2, p. 501.

4) IV, 2, §. 1, 2.

5) Ebend. B. 2, Abth. 3, p. 832, 833.

6) II, 3, §. 3, B. 2, Abth. 2, p. 364 sqq..

VI.

Vom Beweise zur Gewissensvertretung.

§. 1.

Römisches Recht.

(D. 12. 2, C. 4. 1.)

Nach dem prätorischen Edicte mußte derjenige, dem in einem Rechtsstreite von seinem Gegner gerichtlich ein Eid zugeschoben (delatum), und nicht nach seiner Annahme erlassen (remissum) (1) war, solchen, wollte er nicht unterliegen, schwören oder zurückschieben (referre) (2); ausnahmsweise konnte jedoch ein solcher Eid aus den litigirenden Theilen, dem foro, der Klage ꝛc. entnommnen Gründen unschädlich abgelehnt werden (recusari) (3), deren Zulänglichkeit der richterlichen Beurtheilung über=

1) L. 5 §. ult., L. 6 D. h. t., Paulus, II, 1, §. 3.

2) L. 34 §. 6 sqq., L. 38 D., L. 9 C. h. t..

3) D. Gothofredus, ad L. 38 D. h. t., Nota e, Quintilianus, Inst. orat., V, 6.

lassen war (1), und zu denen in Praxi auch der statt des zu leistenden Eides unternommne Beweis scheint gehört zu haben (2); dem römischen Rechte, wie es durch die justinianischen Gesetzbücher auf uns gekommen, ist jedoch dieser Recusationsgrund völlig unbekannt, auch stand er demjenigen, dem ein vor Gericht dem Gegner zugeschobener Eid auf dieselbe Weise von diesem zurückgeschoben worden, auf keinen Fall zu (3).

§. 2.

Kanonisches Recht.

(X 2. 24.)

Dieses schreibt über die Recusationsgründe eines zugeschobenen Eides nichts neues vor, vielmehr liegt ihm eine kaum richtig aufgefaßte (4) justinianische Verord-

---

1) Arg. L. 12 §. 2 C. h. t..

2) Quintilianus, l. c.. Dies wird von vielen, als der Analogie des römischen Rechtes zuwider, in Abrede gestellt, und darüber ist zwischen den Rechtsgelehrten schon großer Zwiespalt entstanden, Glück, Commentar, §. 804. Auf diese Stelle Quintilian's wird von den einen ein zu großes, von den andren zu wenig Gewicht gelegt, die einen wollen die jetzige Lehre von der Gewissensvertretung nach derselben aus dem römischen Rechte ableiten, die andren sie als eine leere rednerische Declamation betrachtet wissen; beide Theile gehen wohl zu weit.

3) L. 34 §. 7 sqq. D., L. 11 §. 1 C. h. t..

4) Donellus, Comm., XXIV, 20.

nung (1) zum Grunde (2). Die meisten Proceßlehrer thun der Eideszuschiebung kaum Erwähnung, wahrscheinlich weil sie in Praxi bei dem ohnehin abzulegenden juramento calumniae generali wenig Credit haben, und selten vorkommen mußte; nichts desto weniger ward die Frage, in wie fern derjenige, dem gerichtlich ein Eid zugeschoben worden, solchen durch die Beweis-Uebernahme des ihm unterliegenden facti ablehnen könne? aufgeworfen, und nicht ohne bedeutenden Widerspruch verneinend beantwortet (3).

§. 3.

Reichsgesetze.

Sie enthalten über die Lehre vom zugeschobenen Eide überhaupt, und dessen Recusationsgründe insbesondre keine eigne Bestimmungen (4), so daß es rücksichtlich derselben bei der früheren Legislation belassen worden.

1) L. 12 C. h. t..

2) C. ult. pr. X. h. t.. C. 2 X de probat. (2. 19) redet nicht vom zugeschobenen Eide, Gonzalez Tellez, ad h. c..

3) Mascardus, de probat., II, 959, No. 5.

4) Estor, I, §. 542 und sein Nachbeter Hofmann, I, §. 674 wollen den Grund der Gewissensvertretung im Conc., II, 11 §. 2 finden; allein diese aus Landfr. 1548, XIV, CGO. 1555, II, 10 §. 1 entlehnte Stelle gehört nicht einmal in den Civilproceß, und scheint, zumal auch Conjuratoren erwähnt werden (Conc., a. a. O., §. 4) vielmehr deutschen Ursprungs, Polac, Systema jurispr. civ. germ. ant., IV, 11, §. 3, Hauschild, Gerichtsverfassung der Teutschen, §. 20, 21.

§. 4.
Sächsisches Recht.

Die auf die sächsische Praxis einflußreichsten älteren Juristen (1) gestatteten bei einem zugeschobenen Eide die Gewissensvertretung mit Beweis als Recusationsmittel, das durch die gesetzlich sanctionirte im Laufe der Zeiten ausgebildete Praxis erweitert, und endlich in seiner Natur wesentlich verändert ward.

Früher konnte sowohl derjenige, dem ein Ergänzungs- oder Reinigungs-Eid vom Richter auferlegt, als der, welchem ein Eid gerichtlich deferirt worden, sein Gewissen mit Beweisung vertreten (2), wie man aber das Verfahren bis zur Litis Contestation vom Beweisverfahren mehr und mehr zu sondren, und für Beweis und Gegenbeweis bestimmte Termine durch eigne Zwischenbescheide vorzuberaumen anfieng (3), mußte nothwendig Gewissensvertretung beim Ergänzungs-Eide in der Regel undenkbar (4), beim Reinigungs-Eide seltner werden, deren Gebrauch sich vielmehr vorzüglich auf den gerichtlich zugeschobenen, und solche Haupt-Eide beschränken, deren Ablegung an keine bestimmte Frist gebunden war, als der in Ermanglung eines zu Recht beständigen Inventars auferlegte Eid ꝛc. (5). —

---

1) Z. B., Schneidewinus, ad §. 11 I. de act. (4. 6), Colerus, Decis., I, 123, No. 12.

2) Const. Elect., I, 12.

3) Oben V, 5.

4) Carpzovius, I, 14, Defin. 21.

5) Sächs. P. - und G. - O., XIX. Berlichius, Conclusiones, I, 33, No. 3—5, Martinus, XIX. 1. No 18 sqq..

Nach der älteren römischen Gerichtsverfassung war theils der Judex als solcher nicht vom Staate besoldet, theils beruhte in jedem einzelnen Falle seine Wahl, gewissermaßen daher die Entscheidung, in der Regel auf Uebereinkunft der Partheien, die Erledigung eines Rechtsstreites durch Eideszuschiebung, wodurch der Judex seines Richter-Amtes überhoben, und der Gegner freiwillig zum Richter gleichsam bestellt ward, konnte anders nicht als von der Gesetzgebung mit günstigen Augen betrachtet werden (1). Deshalb war auch, wenn der gerichtlich zugeschobene Eid zurückgeschoben ward, dem Deferenten kein Rücktritt erlaubt, und er mußte vielmehr den referirten Eid ablegen; wollte er doch einmal diesen Rechtsstreit durch die Ablegung eines Eides beendigt sehen, nun der Gegner mit ihm einverstanden, der Sache Erledigung also von dieser Ablegung bedingt war (causa in conditionem jurisjurandi deducta), konnte am wenigsten diese Bedingung ihm mißfällig seyn (2), der sich hätte müssen gefallen lassen, daß sie der Gegner für sich selbst benutzt, und den angetragenen Eid ohne weiteres abgelegt hätte (3).

---

1) Is, qui (jusjurandum) defert, agere modeste videtur, cum litis adversarium judicem faciat, et eum, cujus cognitio est, onere liberet, qui profecto alieno jurejurando stari, quam suo malit, Quintilianus, l. c., V, 6.

2) Cum non deberet displicere conditio jurisjurandi ei, qui detulerit, L. 34 §. 7 D. h. t..

3) Bei dem einfachen römischen Beweisverfahren (oben V, 1) geschah die Annahme des zugeschobenen Eides dadurch, daß er wirklich sofort geleistet ward, L. 5 §. ult. D. h. t..

Dem sächsischen Rechte liegt eigentlich das römische zum Grunde, doch nur was den Deferenten betrifft, ist es der römischen Ansicht ganz treu geblieben, für ihn ist, sobald der Gegner, ihm den Eid zurückschieben oder die Sache aufs Gewissen nehmen zu wollen, erklärt, causa in conditionem jurisjurandi deducta, er hat nun diesen Weg eingeschlagen, und „es gebührt ihm, demjenigen, so „er einmal selbst erwählet und beliebet, nachzusetzen" (1), dergestalt, daß er von diesem Wege sich auf keine Weise entfernen darf, und im ersten Fall den referirten Eid ablegen, im andren unthätig den Ausgang abwarten muß. Anders verhält es sich mit demjenigen, dem ein Eid gerichtlich deferirt worden; referirt oder acceptirt er ihn pure, so behält es hierbei sein Bewenden, und die Sache wird durch Eidesleistung erledigt; es steht ihm aber auch zu erklären frei, sie zwar auf sein Gewissen nehmen, jedoch vordersamst den Versuch machen zu wollen, dieses mit Beweisung zu vertreten, d. h., den deferirten Eid zwar dergestalt anzunehmen, daß ein Zurückschieben desselben nicht mehr möglich, aber „ad evitandum juramentum" (2) das durch denselben zu eruirende factum auf andre Weise in rechtliche Gewißheit zu setzen, den Versuch machen, und nach dessen Mißglücken erst den angenommnen Eid ablegen, oder unterliegen zu wollen.

---

1) Const. Elect., I, 14.

2) Sächs. P. und G. O. XVIII, §. 2 in med.

§. 5.

Fortsetzung.

Liegt nun gleich in diesem Gesichtspuncte selbst schwerlich die Consequenz der römischen Legislation, so führt ihn doch das sächsische Recht consequent durch.

1) Die gesetzliche Benennung: Vertretung derer Gewissen mit Beweisung (1) ist ganz dem Verhältnisse angemessen, weil diese Beweisung vielmehr ein Surrogat (2), auf keinen Fall aber ein Recusationsmittel seyn soll.

2) Die zur Erklärung, daß man sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle, und zum Antritte dieses Beweises gesetzlich bestimmten Termine stimmen vollkommen mit denen zur Ausbringung der Ladung zur Eidesleistung und zur wirklichen Eidesleistung vorgeschriebenen überein (3).

3) Wer den zugeschobenen Eid angenommen, oder referirt hat, kann sein Gewissen nicht mehr mit Beweis vertreten wollen (4).

4) Ist der zur Vertretung des Gewissens versuchte Beweis ganz hergestellt, bedarf es keiner weiteren Eides-Ablegung (5), wenn nicht ganz, oder gar nicht, kann im ersten Fall auf ein Ergänzungs-Eid er-

---

1) Sächs. P.- und G.-O., XIX, Rubr..

2) Berlichius, l. c., No. 19.

3) Sächs. P.- und G.-O., XIX, 1 vergl. mit XVIII, 8.

4) Ebend., XIX, 1, XVIII, 8.

5) Ebend., XIX, 2.

kannt (1), sonst muß der zugeschobene Eid nunmehr abgelegt werden (2), dessen Zurückschieben in keinen Fall mehr erlaubt ist (3).

5) Die Gewissensvertretung ist, wenn auch weder vor Erlassung des den Eid auferlegenden Erkenntnisses, noch in demselben ausdrücklich vorbehalten, nichts desto weniger erlaubt (4).

6) Erst nach misglücktem Beweise zur Gewissensvertretung, und ehe der zugeschobene Eid wirklich soll geleistet werden, kann vom Deferenten die Ablegung eines Eides für Gefährde (5) verlangt werden (6).

7) Weniger consequent ist vielleicht die Bestimmung, daß wer sich an dem unternommnen Beweise zur Gewissensvertretung versäumt, zur Eidesleistung nicht mehr gelassen wird (7).

8) Der Deferent endlich kann weder, wenn ihm der Eid referirt ist, sein Gewissen mit Beweis vertreten (8), noch wenn dies der Gegner versucht, Gegenbeweis führen (9), ja, es werden im letzteren Fall von ihm nicht einmal „interrogatoria in me-

---

1) Sächs. P.- und G.-O., XIX, 3.

2) Ebend., XIX, 2.

3) Ebend., XVIII, 8 vergl. m. XIX, 1, Carpzovius, I, 14, Defin. 19.

4) Ebend., XIX, 1.

5) Ebend., XVIII, 6.

6) Ebend., XIX, 2, Martinus, XIX, 2, No. 26 sqq.

7) Ebend., XIX, 2.

8) Ebend., XIX, 1, Const. Elect., I, 14.

9) Ebend., XIX, 2, Const. Elect. cit..

ritis, und so viel die Hauptsache betrifft, angenommen" (1).

§. 6.

Gemeine deutsche Praxis.

In ältren Zeiten war die Gewissensvertretung außer Sachsen mehr als Recusationsmittel bekannt (2) und deren Zuläßigkeit streitig (3), sie gieng aber in viele, besonders norddeutsche Proceßordnungen (4), auch nach und nach mit allen ihren Bestimmungen fast in alle, großentheils von sächsischen oder sonst im Norden Deutschlands lebenden Juristen des vorigen Jahrhunderts verfaßte Proceß-Compendien (5), und aus diesen in die gemeine deutsche Praxis über.

Neure Proceßlehrer haben theils deren Ursprung, theils deren eigenthümliche rechtliche Natur nicht ge- und

---

1) Decis. Elect. Saxon. XIX, Philippus ad eand., Obs. un.. — Die nicht bedeutenden Abändrungen der Erläuterung und Verbeßrung ad Tit. XIX etc. der P.- und G.-O. in dieser Lehre gehören, als sich auf Sachsen beschränkend, und ohne Einfluß auf das übrige Deutschland, nicht hierher.

2) Ummius, XIV, 45.

3) Setserus, de juramentis, IV, 3, No. 12.

4) Vergl., z. B., Seyfart, Teutscher Reichs-Proceß, XV, 23.

5) Strykius, Introd. XX, 8, Ludovici, XIX, 28 sqq., Seyfart, a. a. O., XV, 23 sqq., Schaumburg, p. 262 sqq., Estor, I, §. 542 sqq., Hofmann, I, §. 674 sqq..

erkannt, und lassen sich in dieser Lehre bedeutende Mißgriffe zu Schulden kommen (1).

Diese ihren Ursprung wohl nur mißverstandnen Gesetzesstellen (2) verdankende Lehre dürfte in legislativer Hinsicht wenig Empfehlendes haben, und gegen die höhere Ansicht und Consequenz der alten classischen Juristen weit zurückstehen müssen; fast eben so weit aber dürfte sie in der dürftigen Gestalt, unter welcher von Gönner in seinem Entwurfe (3) sie auftreten läßt, an Reinheit und Consequenz gegen das Resultat des sächsischen Rechtes, wie es oben entwickelt worden, von Gönnern aber unbekannt gewesen (4), zurückstehen müssen.

---

1) G. L. Boehmerus, Electa I. C., II, 14 §. 18, Malblanc, Doctr. de jurejur., §. 58, Gönner, Handbuch, II, 48, Thibaut, §. 1164, Martin, §. 217, Glück, Commentar, §. 884.

2) Bei Abfassung der L. 12 C. h. t. war Justinian's eigentliche Absicht, bei Eidesleistungen die insbesondre durch eingelegte Berufung gemachten Verzögerungen abzuschneiden, so daß sie ihrem Geiste nach mehr in die Lehre von Appellationen gehören, und vielleicht dahin verwiesen seyn würde, wenn sie nicht einige allgemeine Bestimmungen über die Eidesleistung vom foro Abwesender zugleich enthielte. C. 2 X de probat. (2. 19) gehört, wie oben (p. 72, Nota 2) bereits bemerkt, nicht einmal hierher.

3) II, 8, §. 10, 11.

4) Entwurf, B. 2, Abth. 2, p. 517—519.

VII.

Ueber den Editions-Eid.

§. 1.

Römisches Recht.

(D. 2. 13, C. 2. 1.)

Gegen den Besitzer einer Sache konnte ad exhibendum, d. h., daß er den Kläger durch deren Vorlegen vor Gericht oder sonst, in den Stand setze, auf dieselbe sein, vorzüglich dingliches (1), oder Recht zu besitzen (2), gerichtlich geltend zu machen (3), geklagt werden (4); gegen den Widerspänstigen und denjenigen, der dolose sich des Besitzes entäußert, überhaupt die Exhibition unmöglich gemacht, ward der Kläger zur Bestimmung seines In-

1) L. 1, L. 3 §. 3, 14 D. ad exhib. (10. 4), L. 1 C. eod. (3. 42), L. 52 pr. D. de a. e. v. (19. 1).

2) L. 3 §. 5 D. ad exhib..

3) L. 2 D. eod., L. 3 §. 8 D. de tabul. exhib. (43. 5), L. 22, 246 D. de V. S. (50. 16).

4) Tit. D. et C. ad exhibendum. Glück, Commentar, §. 741 — 744.

Interesses durch ein jusjurandum in litem gelassen (1), bei gerechtem zeitigen Verweigerungsgrunde mußte für die seiner Zeit zu machende Exhibition Caution geleistet werden (2), welches alles auch auf Urkunden angewendet ward (3); für verwandete Fälle, auf welche jedoch diese Klage ihrer Natur nach nicht angewendet werden konnte, ward derselben eine actio in factum nachgebildet (4), für besonders dringende Fälle waren Interdicte, de tabulis exhibendis (5), de libero homine exhibendo (6) und de liberis exhibendis (7) erfunden; nicht minder konnten Urkunden vom Eigenthümer vindicirt werden (8).

Der Kläger mußte alle Urkunden, die er dem Juder vorzulegen dachte, neben der Klage dem sie nicht wahrscheinlich ohnehin besitzenden (9) Beklagten ediren (10), nicht aber solche Urkunden, von denen er gar nicht Gebrauch machen wollte (11). Zur Edition

---

1) L. 3 §. 2, L. 9 pr. — §. 3 D., L. 5 C. eod..

2) L. 5 §. ult., L. 12 §. 5 D. eod..

3) L. 3 §. 14 D., L. 4, 6 C. eod., L. 5 D. fam. ercisc. (10. 2), L. 3 §. 5 D. de tab. exhib. (43. 5), L. 24 C. de fideicommiss. (6. 42).

4) L. 3 §. 14, L. 9 §. 3 D., L. 7 C. ad exhib..

5) Tit. D. de tabulis exhib. (43. 5), Tit. C. eod. (8. 7).

6) Tit. D. de hom. lib. exh. (43. 29).

7) Tit. D. de liberis exhib. (43. 30).

8) L. 3 §. 14 D. ad exhib..

9) L. 2, arg. L. 6 §. 9 D. h. t..

10) Ueber den Unterschied zwischen exhibere und edere bei Urkunden, Cuiacius, Obs., X, 15 circa fin.

11) L. 1 §. 3 D. h. t.. Mit Ausnahme, wenn der Beklagte auf dieselben ein specielles Recht hatte, L. 7 C. h. t., p. seq., Nota 6.

seiner Geschäftsbücher (rationes) (1) neben der Klage war der Kläger, wenn er sich deren vor dem Juder zu bedienen vor hatte, immer gehalten (2), nachmals ward dem wegen Geldfordrung belangten Beklagten überhaupt verstattet, vom Kläger die Vorlage seiner Geschäftsbücher zu verlangen (3). Der Beklagte hatte, wenn nicht der Fiscus Kläger war (4), im allgemeinen keine Editionsverbindlichkeit (5), die ihm nur aus Rechts-, z. B., Mandats-, Vormundschafts-, Societäts-Verhältnissen entspringen konnte (6). Dritten lag diese Verbindlichkeit nicht ob (7), und nur die Argentarien (8), welche öffentlich sowohl für eigne als fremde

---

1) Von Savigny ꝛc., Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, B. 1, Heft 2, Abth. IX.

2) L. 1 §. 2 D. h. t..

3) L. 5, 6, 8 C. h. t.. Die Fassung dieser Constitutionen scheint anzudeuten, daß dies ursprünglich nicht erlaubt gewesen, wofür auch L. 1 §. 3, L. 10 pr., §. 1 D. h. t. sprechen, vergl. Cicero, orat. pro Roscio Comoedo, 2, 3, Donellus, Comm., XXIII, 6.

4) L. 3 D. h. t., L. 2 §. 1, 2 D. de jure fisci (49. 14), Gonzalez Tellez, ad c. 1 X 2. 19, No. 13 sqq..

5) L. 4, 8 C. h. t., L. 7 C de test. (4. 20), Tit. C. Herm. ad exhib., auch arg. L. 1 §. 3 D. h. t., Donellus, l. c., 7.

6) L. 9 pr. D. h. t., L. 8 pr. D. mandati (17. 1), L. 1 §. 3 D. de tut. et ration. (27. 3), dahin sind auch die Worte, ex causa in L. 1 C. h. t. zu verstehen, vergl. Donellus ad L. ult. C. h. t, Menochius, de arbitr. jud. quaest., II, 499.

7) L. 10 §. 1 D. h. t..

8) Brissonius, de V. S., h. v.. Ihnen waren die nummularii gleich gestellt, L. 9 §. 2 D. h. t., Brissonius, l. c.,

Rechnung Geldgeschäfte machten, und darüber genau Rechnung (Buch) führten, waren, wollten sie nicht das volle Interesse ersetzen, verbunden, immer sowohl in eignen als fremden Angelegenheiten, Einsicht ihrer einschlagenden Geschäftsbücher demjenigen, der es nach abgelegtem jusjurandum calumniae verlangte, zu geben, eben der gewißermaßen Oeffentlichkeit ihrer Verrichtung wegen, jedoch in der Regel nicht mehrere male, auch nicht einem andren Argentare (1). Die Vorlage öffentlicher zur Aufklärung der Sache dienenden Verhandlungen konnte der Richter jeder Zeit anordnen. (2).

§. 2.

Fortsetzung.

Kaiser Justinian gieng von dem ganz abweichenden Gesichtspuncte aus, für Dritte sey die Verbindlichkeit zur gerichtlichen Urkunden-Production im allgemeinen der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses gleich zu setzen, könne daher nur von den Personen verweigert werden, die das Ablegen eines Zeugnisses zu verweigern ebenfalls das Recht hätten, sonst aber nur von demjenigen, der die Urkunde gar nicht besitze, oder dem seiner Ueberzeugung nach aus deren Production ein

---

h. v., Cujacius, Obs., X, 14, Frantzkius, Commentar., h. t., No. 17 sqq., ibiq. cit..

1) L. 4—13 D. h. t., wo sich auch das Detail findet.

2) L. 2 C. h. t..

Nachtheil erwachsen würde, welches beides jedoch eidlich zu bestärken, und zwar letzteres, wenn der Gegner behaupte, keine fraudulose Absicht zu haben, dahin, daß er der verweigerten Vorlage wegen, Geld oder sonst etwas, auch das Versprechen eines Amtes nicht erhalten, ferner daß er nicht aus Liebe oder Furcht vor demjenigen, gegen den die Production der Urkunde geschehen sollte, solche verweigere, sondren weil er eignen bedeutenden Vermögens-Nachtheil zu fürchten habe. Der Contumax war, wie die Argentarien, zum Schadenersatze gehalten. Die Vorlage konnte nur in dem Gerichte, vor welchem die Hauptsache verhandelt ward, auf Kosten des darum Nachsuchenden, und in der Regel nur einmal verlangt werden, ward dem Verlangen einer nochmaligen Vorlage vom Richter nachgegeben, konnte sich jedoch der frühere Besitzer, derselben durch die eidliche Versichrung deren Unmöglichkeit entziehen (1), welcher Eid dann schärfer war, wann derjenige, gegen den eine Urkunde producirt worden, während dem Laufe des Rechtsstreites deren nochmalige Vorlage unter der eidlichen Versichrung verlangte, daß er glaube, sie als falsch anfechten zu können (2).

1) L. (rest.) 22 C. de fide instr. (4. 21), CUIACIUS, Obs., X, 8.

2) L. 21 C. eod., wo auch das nähere zu suchen.

§. 3.

Kanonisches Recht.

Einzelne Grundsätze des römischen Rechts werden aufgestellt und angewendet (1), und einiges näher bestimmt (2), insbesondre verordnet, daß ein des Wuchers Beschuldigter mittelst der censura ecclesiastica zur Vorlegung seiner Geschäftsbücher zu zwingen sey (3).

Die Rechtsgelehrten dieser Periode kannten nur die minder wichtige (4), nicht aber die eigentlich in diese Lehre einschlagende justinianische Verordnung (5); überhaupt vermochten sie nicht das römische Recht seinem Geiste nach aufzufassen, weder wußten sie zwischen Exhibition und Edition, noch zwischen rationes und andre Urkunden genau und gehörig zu unterscheiden (6). Von den gerichtlich producirten Urkunden ward dem Gegentheile Abschrift mitgetheilt (7). Nach einigen konnte zwar der Kläger zur Begründung seiner Klage die Vorlage solcher Urkunden vom Beklagten nicht verlangen, die ihnen nicht ge-

---

1) Decr. Grat., P. II, C. 4, q. 2, 3, c. 3, §. 35, C. 6, q. ult., c. ult., c. 1 X de prob. (2. 19).

2) C. 5 X de fide instr. (2. 22), c. 7 de privil. in 6º (5. 7).

3) Clem. un., §. 1 de usur. (5. 5).

4) L. 21 C. de fide instr. (4. 21).

5) L. (rest.) 22 C. eod..

6) In letzter Hinsicht unterscheidet am richtigsten Azo, Summa, h. t., No. 16 sqq., dem die Glosse ad Clem. un. cit., v. rationum beipflichtet.

7) De Ferrariis, XIV, 1.

meinschaftlich waren, wohl aber zur Begründung seiner Replik, weil sie dem Beklagten das Recht einräumten, zur Begründung seiner Einrede vom Kläger die Vorlage ihm eigner Urkunden, deren er sich in diesem Rechtsstreite selbst nicht zu bedienen dachte, zu verlangen; nach andren konnte diese Vorlage nur vermöge eines besondren Rechtes gefordert werden, an und für sich aber waren die Partheien nicht verpflichtet, sich gegenseitig solche Urkunden zu ediren, die sie nicht zu ihren eignen Gunsten gebrauchen wollten (1). Die römischen Grundsätze von den Argentarien wurden auf die Notare analogisch angewendet (2).

§. 4.

Reichsgesetzgebung und gemeines deutsches Recht.

Daß die von einem Theile gerichtlich producirten Urkunden dem andern abschriftlich mitgetheilt werden sollten (3), dürfte die einzige hierher gehörige reichsgesetzliche Bestimmung seyn, und es im übrigen bei der römischen und päbstlichen Legislation sein alleiniges Bewenden behalten.

Wenn nun die sich auf die römische Gerichtsverfassung beziehende editio actionis, und was zu derselben gehört, weniger nicht das wegfallen muß, was von nicht mehr in der Art vorhandnen öffentlichen Instituten

---

1) Durandus, II, 2, de instr. edit., §. 6, No. 11.

2) De Ferrariis, XIV, 4, 5.

3) Conc., III, 22 pr., RA. 1654, §. 35, 39, G. B. v. 13ten December 1659.

und bürgerlichen Verhältnissen, als vom Fiscus, von den Argentarien und Geschäftsbüchern (rationes) überhaupt, im römischen Rechte vorgeschrieben ist, so bleibt aus demselben, da die justinianische diese Lehre betreffende Verordnung nicht glossirt, mithin als Gesetz in Deutschland nicht recipirt ist, die Urkunden-Vorlage zu bewirken nur übrig, den Partheien, das interdictum de tabulis exhibendis, die actio ad exhibendum und die einschlagende dingliche oder persönliche Klage, dem Richter allenfalls die Befugniß, auf eine vor ihm anhängige Klagsache Bezug habende öffentliche Acten zu requiriren. Aus dem kanonischen Rechte bleibt die Verordnung anwendbar, daß der des Wuchers Beschuldigte seine Geschäftsbücher vorzulegen gehalten ist. Gegen den Widerspänstigen werden im letzteren Falle Zwangsmittel (1) angewendet, sonst aber wird der Natur der Klage gemäß auf das den Umständen nach allenfalls per jusjurandum in litem zu bestimmende Interesse erkannt werden müssen.

§. 5.

Sächsisches Recht.

Der in Gesetz nachmals verwandelte Gerichtsbrauch brachte es mit sich, daß derjenige, von welchem sein Gegner gerichtlich Urkunden-Edition verlangte, eidlich betheuren mußte, die fraglichen Urkunden weder bei sich, noch gefährlicher Weise abhanden kommen lassen zu haben, ohne

---

1) Diese können allein an die Stelle der censura ecclesiastica der geistlichen Gerichte treten.

einen Eid für Gefährde dieserhalben fordren, noch sein Gewissen mit Beweisung vertreten zu können (1). Von wem und wann aber die Urkunden-Edition verlangt werden könne? ließ das Gesetz unbestimmt, die Praxis aber legte dem Kläger die Editionsverbindlichkeit als Regel auf (2), dahingegen dem Beklagten nur ausnahmsweise (3); zu den Ausnahmen gehörten gesetzlich insbesondre documenta communia (4), diese mußten ohne Unterschied vom Beklagten wie vom Kläger, selbst von Dritten (5), auf Verlangen eines Theiles edirt werden, was in Praxi von allen Urkunden verstanden ward, welche überhaupt eines Interesses halber in Anspruch genommen wurden (6). Es kann die Edition durch eine eigne Klage oder incidenter im Beweisverfahren verlangt werden; im letzteren gewöhnlicheren Falle geschieht das Gesuch mit Beweis-Artikeln, denen der zu edirenden Urkunde Abschrift kann unterlegt seyn (7). Die Verweigerung der Edition und des Eides hat zur Folge, für den Kläger,

---

1) Sächs. P.- und G.-O., XXVI, 1, Carpzovius, I, 17, Def., 28, 29. Die Eidesformel ist etwas erweitert durch Erläuterung rc., h. t., §. 2.

2) Berlichius, Concl., I, 45, No. 11 sqq., Martinus, XXVI, 1, No. 8 sqq..

3) Berlichius, l. c., No. 23 sqq..

4) P.- und G.-O., a. a. O..

5) Martinus, l. c., No. 54.

6) Suendendoerfferus ad Fibigium, p. 691. Dem entspricht Erläuterung rc., h. t., §. 1.

7) Fibigius, p. 241 sqq., Suendendoerfferus, p. 683 sqq..

Abweisung mit der angebrachten Klage (1), für den Beklagten, daß die zu edirenden copeylich vom Kläger producirten Urkunden pro editis et recognitis gehalten (2), oder wenn deren Innhalt nicht angegeben war, er mit angemeßner Geldstrafe belegt wird (3), welche gegen Dritte nach fruchtlos erlaßnen compulsoriales ebenfalls erkannt wird (4), überdies ist der Contumax zum vollen Schadenersatze gehalten (5). Die Vorschrift, daß Vermuthung vorhanden seyn müsse, daß derjenige, von welchem die Edition begehrt wird, solche Urkunden auch bei sich habe, ehe jemand zur Edition und deren Eid angehalten werden könne, wird durch die hinzugefügte Erlaubniß, in deren Entstehung sich der Eideszuschiebung bedienen zu dürfen, fast unwirksam gemacht (6). Endlich befreit der geleistete Editions-Eid nicht von der Recognition solcher anderswo her erlangten Urkunden (7).

---

1) P.- und G.-O., XXVI, 4, Carpzovius, 1, 17, Def. 30.

2) Ebend., a. a. O., Carpzovius, l. c., Barthius, Hodegeta forensis (Lipsiae, 1725, 4°), p. 154.

3) Ebend., a. a. O., Carpzovius, l. c., Def. 31, Martinus, XXVI, 4, No. 6.

4) Berlichius, l. c., No. 90, Suendendoerfferus, p. 693, Erläuterung ꝛc., h. t., §. 3.

5) Martinus, l. c., No. 9.

6) Ebend, XXVI, 2. Der Deferent kann blos zur vordersamsten Ablegung des Eides für Gefährde angehalten werden, dahingegen finden Relation und Gewissensvertretung nicht statt. — Die Anordnung des folgenden §. 3 schafft Erläuterung ꝛc., h. t., §. 2 mit Recht ab.

7) Ebend., XXVI, 4.

§. 6.

Gemeine deutsche Praxis.

In älteren Zeiten legte man die Editions-Verbindlichkeit dem Kläger im allgemeinen (1), dem Beklagten erst in weiter Ausdehnung (2), dann diesem, wie Dritten, des größren oder geringren Interesses des die Edition Verlangenden wegen (3), insbesondre den Notarien (4) auf. Der eigentliche Editions-Eid war unbekannt, doch konnte ein demselben nicht unähnlicher Reinigungseid vorkommen (5).

Neure Proceßlehrer (6) folgten zu allen Zeiten großentheils gedankenlos älteren, sich entweder mehr dem mehr oder weniger misverstandnen römischen (7), oder mehr dem sächsischen Rechte anschließend (8); einige lehren unbewußt fast rein sächsisches (9), andre nicht recipirtes justiniani-

---

1) Ummius, XVII, 33.

2) Ibid., 34.

3) Ibid., 35, Gaill, Obs. I, 106.

4) Ummius, XVII, 36.

5) Rulant, II, 5, 25, 13 sqq., ibiq. cit., Mevius, Dec., VI, 212.

6) Blumen, LI, 34 sqq., Hofmann, I, §. 588 sqq., Martin, §. 305, 306.

7) Strykius, U. M., h. t., §. 16 sqq., Lauterbachius, Collegium, h. t., §. 25 sqq., Thibaut, §. 1270.

8) Brunnemannus, Proc., XIX, 22 sqq., Strykius, de cautelis juram., III, 3, c. 2.

9) Seyfart, XIV, §. 24 sqq., Estor, I, §. 422 sqq., Schaumburg, p. 212 sqq..

sches (1), noch andre stellen so ziemlich alles der richterlichen Willkühr anheim (2); dem Fiscus macht niemand seine Gerechtsame streitig. So schwankt seit Jahrhunderten schon die Praxis ohne Haltung, ohne daß sie sich jedoch nach dem allerdings reineren Resultate, das Grolman (3) aufstellt, fixiren dürfte.

Von Gönner glaubt durch die in seinem Entwurfe (4) aufgestellten, theils der oft erwähnten justinianischen Verordnung theils den Proceß-Lehrbüchern entlehnten Grundsätze, und in weitester Ausdehnung gestattete Editionsverbindlichkeit, am angemessensten die bisherigen Controversen umgangen zu haben (5).

---

1) Claproth, O. P., §. 229, Malblanc, de jurejur., §. 47. Dieses hatte auch andren, z. B. Gaill (p. 90, Not.), schon vorgeschwebt.

2) Leyserus, Medit., XXXVIII, 1, 2.

3) Theorie, §. 198.

4) II, 6, §. 1,

5) B. 2, Abth. 2, p. 424 sqq..

VIII.

Ueber den Diffessions-Eid.

§. 1.

Es ist gewiß ein höchst natürliches Prinzip, daß, was Thatsachen betrifft, dem blosen Vorbringen einer Parthei zu ihrem Vortheile im Processe nicht darf Glaube beigemessen werden, ein Prinzip, das allein die Lehre von der Beweislast im Civilprocesse normiren, und allenthalben, wo vom Beweise überhaupt die Rede ist, wichtige Folgen äußern muß. Als eine dieser Folgen kann angesehen werden, daß Privat-Urkunden, abgesehen von in speciellen Gesetzen allenfalls begründeten Ausnahmen, an und für sich weder pro scribente noch contra scribentem, und vielmehr nur dann Beweiskraft haben können, wenn deren Aechtheit auf sonstige Weise in rechtliche Gewißheit gesetzt ist, z. B., durch hinzukommendes Eingeständniß oder Anerkenntniß (1), erbrachten Be-

1) Als solches und in so fern kommt die Production dem Producenten nachtheiliger Privat-Urkunden gesetzlich in Betracht.

weis ꝛc. (1), weil einer jeden Production nicht eigner Privat-Urkunden (2) im Processe die Behauptung des Producenten unterliegt, daß diese Urkunden von einem andren herrühren, eine Behauptung, die rein factisch ist und der zum Vortheile des Behauptenden allein nicht kann Glaube beigemessen werden.

§. 2.

Römisches Recht.

Dieses Prinzip liegt der römischen Lehre von der Beweislast wirklich zum Grunde (3), und wird auch als Regel (4) auf die Beweiskraft der Privat-Urkunden in so fern angewendet, als bei denselben vom Gesichtspuncte des Eingeständnisses ausgegangen wird (5), daher wer eine solche gerichtlich gegen jemand producirt, der deren

---

1) Der gewöhnlich aufgestellte Satz, scriptura probat contra scribentem non pro scribente, hat zu mannigfachen Irrthümern, insbesondre auch zu der von verschiednen Rechtsgelehrten für Privat-Urkunden angesprochnen Vermuthung Veranlassung gegeben.

2) Eigne beweisen gegen den Producenten als gerichtliches Eingeständniß.

3) L. 2 D. de probat. (22. 3), L. 8, 23 C. eod. (4. 19), L. 4 C. de edendo (2. 1).

4) Mit Ausnahmen, z. B. bei den Argentarien, vergl. Gönner, Handbuch, II, 46, §. 4 in fi..

5) L. 26 §. 2 D. depositi (16. 3), L. 25 §. ult. D. de prob. (22. 3), L 20 §. 1 D. de donat. (39. 5).

Aechtheit läugnet, hierüber anderweiten Beweis zu führen hat (1).

§. 3.

Kanonisches Recht.

In dieser Lehre liegt dasselbe Prinzip dem kanonischen Rechte zum Grunde (2), es ordnet, was die Beweiskraft der Privat-Urkunden überhaupt betrifft, wenig neues an, auch die Praxis dieser Periode räumt ihnen nur, wann deren Aechtheit anerkannt oder erwiesen ist, gegen den Schreiber Beweiskraft ein (3); in summa nota, sagt Durandus (4), quod si scriptura privata inducitur contra eum, qui illam fecit, nec ipse neget, se illam fecisse, ei statur etc., si vero negat esse suam, hoc probari oportet; nur ward nicht ohne Widerspruch angenommen, daß derjenige, welcher eine gegen ihn gerichtlich producirte Privat-Urkunde in seiner Verhandlung mit Stillschweigen übergieng, deren Aechtheit dadurch einräume (5).

---

1) L. (rest.) 16, L. 20 C. de fide instr. (4. 21), L. ult. C. ad L. C. de falsis (9. 22), Nov. 18, c. 8, Nov. 73, c. 1, 4, 7.

2) C. un. X ut eccl. benef. (3. 12).

3) de Ferrariis, XV, 19, Octavianus Vestrius, Introd. in Rom. aulae actionem et judiciorum mores, VI, 1, No. 8 (Coloniae Agrippinae, 1573, 8.º).

4) II, 2, de instr. edit., §. 7, No. 6.

5) Cravetta, De antiquitatibus temporum (Spirae Nemetum, 1594), p. 117, 8.º, Mascardus, IV, 1301, No. 18.

§. 4.

Reichsgesetzgebung.

Die älteren Reichsgesetze (1) verordnen über die Beweiskraft der Privat-Urkunden nichts neues, und auch die Praxis belieſs es so ziemlich beim alten (2). Privat-Urkunden, deren Recognition verlangt war, konnten in contumaciam pro recognitis angenommen werden (3); der jüngste Reichs-Abschied erhebt dies zur gesetzlichen Regel (4), schreibt aber im allgemeinen, was der Privat-Urkunden Beweiskraft betrifft, nichts neues vor (5).

§. 5.

Sächsisches Recht.

Der nachmals gesetzlich sanctionirte sächsische Gerichtsbrauch will, daſs ein jeder alle wider ihn gericht-

---

1) Ratification ꝛc. 1500, IV, CGO. 1508, I, 9 sqq., 1521, XIX, 10, 1523, III, 2, 9, 1555, III, 17 §. 1, 18 §. 1, Conc. III, 22 §. 1.

2) Ummius, XVII, 25—27, Deckherrus, Monumenta, p. 282.

3) Doch weder in wichtigeren Angelegenheiten, noch gegen angesehene Personen, Gaill, de pace publ., I, 15 No. 15, auch muſste der Contumax bei Gericht in der Sache wenigstens aufgetreten seyn, Deckherrus, l. c., p. 653, 654. Vergl. Colerus, de proc. excecut., III, 1 No. 101, Rulant, II, 5, 39, 5.

4) Dahin ist der im §. 39 vorkommende Ausdruck: unter gewöhnlichem Präjudiz zu verstehen, Blumen, LXIII, 47, Neurodes, Anm. 107, §. 2.

5) RA. 1654, §. 35, 37, 39, 45, 46, 54, 57.

lich producirte relevante Privat-Urkunden recognosciren oder in Selbstperson eidlich diffitiren muß (1). Dieser Eid ist ein gesetzlicher (2), es findet bei ihm weder Gewissensvertretung (3) noch ein Zurückschieben (4) statt, weder kann die vorderſamſte Ablegung eines Eides für Gefährde vom Producenten verlangt (5), noch derselbe anders als vom Producten in Selbstperson abgelegt werden (6). Nichts beweisende Urkunden brauchen nicht einmal recognoscirt (7), weniger noch eidlich diffitirt zu werden (8), bei öffentlichen Urkunden wird in der Regel (9) die Recognition erfordert, nie jedoch die eidliche Dif-

---

1) Sächs. P.- und G.-O., XXV, 2, Erläuterung, h. t., §. 2 sqq..

2) Carpzovius, I, 12, Def. 27. Er kann zwar seinen Ursprung dem Eide verdanken, dessen Erwähnung geschieht im sächsischen Landrechte, I, 7, III, 32, vergl. Hauschild, §. 13, 20, rührt aber wahrscheinlicher daher, daß ältere einflußreiche Juristen, z. B., Colerus, de proc. exec., III, 8, No. 18, selbst die Recognition eidlich verlangten, Berlichius, Concl., I, 44, No. 44.

3) Sächs. P.- u. G.-O., XIX, 1, Carpzovius, I, 14, Def. 22, Fibigius, p. 260, Suendendoerfferus, p. 732, Martinus, XIX, 1, No. 40, XXV, 3, No. 11 sqq..

4) Ebend., XVIII, 2, XXV, 2, Carpzovius, I, 14, Def. 9, Martinus, XXV, 3, No. 15.

5) Ebend., XVIII, 7, Carpzovius, I, 14, Def. 27.

6) Ebend., XXV, 2.

7) Carpzovius, I, 17, Def. 25, Martinus, XXV, 2, No. 114 sqq..

8) Ebend., XXV, 2 in fi..

9) Mit Ausnahmen, Philippus, ad Dec. Elect. LXXIV, 1, No. 29.

Diffession zugelassen (1), beide aber finden, letztere mit abgeänderter Eidesformel, bei von Dritten herrührenden Privat-Urkunden (2), selbst wenn erstere allein gerichtlich auferlegt worden (3), statt; gegen den die Recognition und eidliche Diffession verweigernden Producten werden die producirten Urkunden in contumaciam pro recognitis angenommen (4), und wenn er zur eidlichen Diffession erbötig, braucht ihn der Producent zu derselben nicht admittiren zu lassen, sondren kann zur Recognition durch Zeugen (5) oder Vergleichung der Handschriften (6) seine Zuflucht nehmen. Der Executivproceß weicht übrigens in dieser Lehre, abgesehen von der ohnehin verschiedenen Proceßleitung (7), wesentlich vom ordentlichen darin ab, daß im letzteren eine diffessio jurata quoad contenta statt findet (8), nicht aber im ersteren (9), daß im Executivproceße der gesetzlichen

1) Dec. Elect. 74, Erläuterung, XXV, 2.

2) G. P. u. G. O., XXV, 2, Erläuterung, h, t., §. 4, Martinus, XXV, 2, No. 43 sqq..

3) Suendendoerfferus, p. 730.

4) G. P. u. G. O., XXV, 2, Martinus, XXV, 2, No. 141 sqq..

5) Ebend., XXV, 4.

6) Suendendoerfferus, p. 738. Erläuterung, XXV, 5 beschränkt erstere, und verbietet letztere ganz.

7) G. P. u. G. O., XXIV, 3.

8) Erläuterung, XXV, 6.

9) Anhang vom processu summario etc., §. 9, Barthius, p. 541 sqq., Wernherus, Obs., III, 229.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Natur eines instrumenti guarentigionati (1) gemäß eine Recognition und Diffession von Dritten herrührender Privat-Urkunden nicht wohl vorkommen kann, daß weil der Product die eidlich diffitirte Urkunde zu recognosciren nicht schuldig (2), sie also in der Sache gegen ihn nichts weiter beweist (3), im Executivproceße der Kläger mit der auf ihr beruhenden Klage abgewiesen, im ordentlichen aber nunmehr der Ausgang des Rechtsstreites von dem allenfalls versuchten anderweiten Beweise abhängt, was auch rücksichtlich der Proceßkosten practische Folgen äußren muß, endlich kann im Executivproceße zur Recognition durch Zeugen und Vergleichung der Handschriften in der Regel nicht recurrirt werden (4).

§. 6.

Gemeine deutsche Praxis.

Bei den Cameralrechtslehrern hat die Lehre vom Diffessionseide keinen (5) oder doch geringen (6) Eingang gefunden, um so größren aber bei den übrigen deutschen Proceßlehrern, wovon die älteren fast ohne Ausnahme in

---

1) De Berger, Electa proc. exec., th. 9, 10. Anhang 2c., §. 4.

2) Suendendoerfferus, p. 731.

3) Wernherus, Obs., I, 104, III, 98.

4) Anhang 2c., §. 9, unten p. 108, Nota 6.

5) Blumen, LXIII, 49, Tafingerus, §. 820.

6) De Cramer, Syst., proc. imp., §. 2028, Puetterus, Introd., §. 251.

Bayerische Staatsbibliothek München

Sachsen oder im nördlichen Deutschland lebten, wo diese Lehre particularrechtlich war (1). Sie versuchten zwar mehrentheils sie aus dem gemeinen Rechte abzuleiten (2), lehren aber ohne Ausnahme sächsisches Recht (3), weshalb das, was die Recognition und Diffession der Urkunden betrifft, mit geringen, theils aus dem verschiednen Beweisverfahren überhaupt (4), theils aus dem Executivproceße (5) entnommnen Modificationen in die gemeine deutsche Praxis übergieng (6).

Die neuren Proceßlehrer, den Diffessionseid nur aus älteren Compendien und Abhandlungen, nicht aber die eigentlichen Quellen dieser Rechtsmaterie kennend, lassen sich viele irrige Ansichten zu Schulden kommen. Einige sehen im Diffessionseide einen zugeschobenen Eid (7), andre ein jusjurandum calumniae (8), ja, seine rechtliche Na-

1) Strykius, de caut. juram., III, 3, c. 5, No. 14—21.

2) Brunnemannus, XIX, 30, 31, Strykius, l. c., No. 11—13, Estor, I, §. 393.

3) Strykius, Introd., XIX, 7 sqq., Beckius, Annotationes ad h. l., XIX, 8, Ludovici, XVII, 14 sqq., Seyfart, XIV, 15 sqq., Schaumburg, p. 230 sqq., Hofmann, I, §. 616 sqq..

4) Oben, V, 3—6.

5) Oben, §. 5 circa fi..

6) Strykius, de caut. juram., III, 3, c. 5.

7) Malblanc, De jurejur., §. 50, Grolman, §. 89, Thibaut, §. 1181.

8) Martin, §. 203 ibiq. cit.,

tur soll gar nach Verschiedenheit der Umstände verschieden seyn (1), deshalb lassen denn die einen Relation und Gewissensvertretung (2), die andren Leistung durch einen Bevollmächtigten (3) beim Diffessionseide zu; und der Producent soll nach Umständen selbst de calumnia vorderſamst auf des Producten Verlangen schwören müssen (4).

In von Gönner's Entwurf (5) hat übrigens vom Diffessionseide die Benennung Aufnahme gefunden.

---

1) Zimmern, De juram. diffessionis, Heidelb. 1817. Dieser Abhandlung liegt insbesondre eine irrige Auslegung des §. 39 des jüngsten Reichs-Abschiedes zum Grunde, Zimmern, l. c., §. 6, vergl. m. oben. V, 4.

2) Malblanc, l. c., Thibaut, a. a. O., Danz, §. 554. Gönner, Handbuch, II, 46, §. 13 unterscheidet zwischen beiden, und läßt letztere, nicht aber erstere zu.

3) Martin, a. a. O., Nota d.

4) Zimmern, l. c., §. 20.

5) II, 6, §. 5, 7.

IX.

Von Vergleichung der Handschriften.

§. 1.

Römisches Recht.

(C. 4. 21.)

Vor und zu Kaisers Justinian Zeiten war die comparatio (collatio) litterarum bei den Gerichten bekannt und angewendet (1), auf uns sind jedoch nur Verordnungen dieses Kaisers über dieselbe gekommen. Er hatte mit Recht dieses Beweismittel immer als ein unsichreres betrachtet (2), und im Jahre 530 verordnet (3), es solle die comparatio litterarum nur aus öffentlichen, und solchen Urkunden angestellt werden können, die von dreien

---

1) L. 2 C. T. ad L. C. de falso (9. 19), L. 22 C. eod. (9. 22), L. 20 init. C. h. t., Nov. 73, Praef. init.; schwerlich dürfte Quintilianus, Inst. orat., V, 5 in fi. hierher gehören.

2) Arg. L. (rest.) 16 C. h. t..

3) L. 20 C. h. t..

Zeugen mitunterschrieben, deren Unterschrift durch die von allen oder wenigstens von zweien derselben geschehene Anerkennung oder vorgenommne Vergleichung deren Handschrift (1) in rechtliche Gewißheit gesetzt sey; diejenigen, welche die Vergleichung anstellen (2), sollen zuvor schwören, dies weder Gewinnes halber, noch aus Freund- oder Feindschaft zu thun. Im Jahre 536 änderte Justinian diese Vorschriften darin ab, daß auch aus in einem Rechtsstreite als ächt producirten Privat-Urkunden der Product eine Vergleichung der Handschriften könne anstellen lassen, daß ferner diese auch aus öffentlichen Archiven entnommnen Privat-Urkunden im allgemeinen zulässig sey (3).

---

1) Statt sine comparatione litterarum muß hier wohl sive etc. gelesen werden, wie sich dies schon als eine Variante in der Russard'schen Auflage des C. J. bemerkt, auch bestätigt findet durch den Zusatz des Haloandrischen Codex zu Nov. 49 c. 2 und die Basiliken, Hombergk zu Vach, Novellae constitutiones Justiniani, Nov. 49, c. 2, Nota 25.

2) Aus der ungefähr gleichzeitigen L. 14 pr. C. de judic. (3 1) geht schon hervor, daß der Richter selbst die Vergleichung nicht anstellte, weil sonst dieser Eid nicht hätte verordnet werden können; vergl. Nov. 49, c. 2 in fi..

3) Nov. 49, c. 2. In den Archiven pflegten über Handlungen freiwilliger wie streitiger Gerichtsbarkeit sprechende Actenstücke niedergelegt zu werden, L. 9 §. 6 D. de poenis (48. 19), Paulus, IV, 6, §. 1, L. 30 C. de episc. aud. (1. 4), L. 29 §. 1 C. de agr. et cens. (11. 47), Nov. 15, c. 5, §. 2, Nov. 74, c. 4, §. 2, Brissonius, de V. S., h. v., Schulting, ad Paulum, l. c., Nota 8, ibiq. cit..

§. 2.

Fortsetzung.

Die Legislation hatte bis jetzt bei ihren Anordnungen, diese Lehre betreffend, die Verhütung der Handschriften-Verfälschungen ins Auge gefaßt (1), dies aber bewährte in der Praxis sich als einseitig, theils weil der unvorhergesehene Fall eintrat, daß eine in Folge der angestellten Vergleichung der Handschriften als unächt erkannte Urkunde, nachmals durch die hinzugekommene Anerkennung der inzwischen aufgefundnen Zeugen Mitunterschrift für ächt angenommen, dergestalt das Resultat der Handschriften-Vergleichung neben den Zeugen-Aussagen unhaltbar worden, theils weil die Veränderung des Alters, der körperlichen Beschaffenheit und der Schreibmaterialien Ungewißheit in dieses Beweismittel, und die Vergleichung der Handschriften die Sache zu keiner endlichen Entscheidung brachte, wie es denn wohl geschah, daß wenn jemand seine Handschrift läugnete, dies weitläufige Untersuchungen veranlaßte, und angehalten vor Gericht etwas niederzuschreiben, die Handschrift der abgeläugneten weder ganz unähnlich noch ganz ähnlich befunden ward, Kaiser Justinian fand sich daher im Jahre 538 zu folgenden Bestimmungen bewogen (2). Es soll bei Privat-Urkunden das Beweismittel der comparatio litterarum in der Regel nicht, und nur dann zulässig seyn,

---

1) L. 20 C. h. t. init., Nov. 49, c. 2 §. 2, Nov. 73 Praef init.,

2) Nov. 73.

wenn wenigstens drei glaubwürdige Zeugen die Urkunde mit unterschrieben, und ihre auf der Urkunde befindlichen Unterschriften eidlich anerkennen, oder doch bei deren Unterzeichnen zugegen gewesen, und dies eidlich aussagen können, so daß zu diesem Beweismittel das durch Zeugen hinzukömmt, und die Sache durch beide in rechtliche Gewißheit gesetzt wird; bei einem zwischen denselben entstehenden Widerspruche ist eher letzterem Glaube beizumessen; sind aber die Zeugen todt, abwesend oder sonst nicht wohl zu haben, und hat es mit dem Tabellio (1) (wenn die Urkunde von einem solchen verfertigt ist,) und seinen Gehülfen ꝛc. dieselbe Bewandniß, findet Vergleichung der Handschriften statt, die sich auf der Contrahenten-Unterschrift zwar beschränken kann, immer aber wenigstens mit erstrecken muß; nicht nur hat wer eine Urkunde, aus welcher Vergleichung der Handschriften angestellt soll werden, überreicht, einen Eid abzulegen, sondren in den zuletzt angegebenen Fällen, wo nichts als die comparatio litterarum übrig bleibt, trifft diese Verbindlichkeit auch den um dieselbe Nachsuchenden (2), dessen Eid insbesondre darauf mit gerichtet ist, daß weil ihm kein andres Beweismittel zu Gebote gestanden, er zur Handschriften-Vergleichung seine Zuflucht genommen habe; im übrigen, ausnahmsweise im allgemeinen rücksichtlich solcher Verträge, deren Gegenstand nicht eine Libra Goldes werth, und des auf dem Lande Verhan-

---

1) Von Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, B. 1, p. 49.

2) Oben, IV, 2.

delten, soll es bei den früheren Verordnungen sein Bewenden behalten.

§. 3.

Kanonisches Recht.

Die Rechtsgelehrten dieser Periode fassen die neuste justinianische Verordnung über die Vergleichung der Handschriften nicht rein auf, theils wenden sie auf dieselbe die eignen Begriffe von ganzer und halber Beweiskraft an (1), und räumen der comparatio litterarum bei Privat-Urkunden nur letztere als Regel ein (2), theils soll sie bei selbst von dreien Zeugen mitunterschriebenen Privat-Urkunden, wenn die Zeugen gestorben (3) oder sonst ihre Unterschrift nicht anerkennen, unzuläßig seyn (4); die Vergleichung geschah durch Sachverständige (5), gewöhnlich durch zwei, die schwören und mit Genauigkeit zu Werk gehen mußten (6), bei öffentlichen, z. B., Notariats-Instrumenten geschah die Vergleichung

---

1) Bartolus, ad L. 31 D. de jurejur. (11. 2), No. 24, 26, ad Auth. coll. VI, Tit. 3, §. si tamen, No. 2.

2) Auth. at si contractus C. h. t., Glossa ibid., v. soli.

3) C. 2 X h. t. (2. 22).

4) Auth. si quis C. qui potiores in pignore (8. 18), verb., ut sive veniant etc.. Bartolus, ad Auth. cit., §. si quis igitur, No. 9, Azo, Summa, h. t., No. 11.

5) Glossa ad L. 19 C. h. t., v. ab his, Azo, l. c., No. 10.

6) Menochius, de arbitr. judic. quaest., II, 114, No. 27 sqq.

weniger feierlich (1); im allgemeinen erhielten sich die Bestimmungen der Glossatoren (2), insbesondre blieb der richterlichen Willkühr ein großer Spielraum überlassen (3), Zeugen, welche beim Unterzeichnen einer Urkunde zwar nicht zugegen gewesen, eine auf derselben befindliche abgeläugnete Unterschrift aber als die ihnen anderswoher wohlbekannte Handschrift des Producten anerkannten, ward kein Glaube beigemessen (4), welchem jedoch der durch Localitäten bestimmte Gerichtsbrauch bei der curia Romana nicht beipflichtete (5).

§. 4.

Reichsgesetzgebung.

Da die älteren Reichsgesetze über diese Lehre keine neue Bestimmungen enthalten, vererbten sich die Controversen, Subtilitäten und Irrthümer der Rechtsgelehrten der vorigen auf die des ersten Abschnittes dieser Periode (6). Die Vergleichung der Handschriften machte in der Regel keinen ganzen Beweis (7), ward aber von

1) Mascardus, I, 330, No. 15, 16, II, 911.
2) Oct. Vestrius, VI, 1, No. 27, Menochius, l. c., II, 114, Mascardus, I, 330.
3) Menochius, l. c., No. 1.
4) Oct. Vestrius, l. c., No. 26.
5) Ibid., No. 8.
6) Ummius, XVII, 26, 27.
7) Sichardus, ad L. 11 C. qui potiores in pign. (8. 18), No. 18, Rulant, II, 5, 38, 1, Ummius, l. c..

einigen bei vielen Gattungen Privat-Urkunden (1), von andren ohne Unterschied zugelassen (2), und von zwei Sachverständigen, manchmal auch von mit den streitigen Schriftzügen bekannten Zeugen (recognitores) angestellt (3), letzteres jedoch nur ausnahmsweise (4); von den die Vergleichung Anstellenden pflegte der vorgeschriebne Eid geleistet (5), solcher hingegen dem Beweisführer stillschweigend erlassen zu werden (6); endlich ward die Libra Goldes zu 72 (7) oder 107 (8) Goldstücken angeschlagen. Der jüngste Reichsabschied verordnete und veränderte in dieser Lehre nichts.

§. 5.

Gemeines deutsches Recht.

Neben und mit dem römischen ist dem kanonischen Rechte und den sogenannten Authentiken in Deutschland Gesetzeskraft zugestanden, daher kömmt in dieser Lehre beim Abgang reichsgesetzlicher Bestimmungen das römische Recht (9), einigermaßen durch sanctionirte Miß-

1) Rulant, II, 5, 38, 5—7.
2) Ummius, l. c.
3) Rulant, II, 5, 38, 8 sqq.
4) Ibid., II, 5, 39, 31 sqq.
5) Ummius, l. c.
6) Rulant, II, 5, 38, 9.
7) Gaill, Obs., II, 39, No. 3.
8) Rulant, II, 5, 38, 3.
9) Oben, §. 1, 2.

verständnisse der Glossatoren modificirt (1), zur Anwendung.

§. 6.

Sächsisches Recht.

Die sächsische Proceß- und Gerichts-Ordnung (2) erlaubt dem Producenten, der den Producten nicht zum Diffessionseide lassen will, andre Recognoscenten als Zeugen anzugeben, die schwören müssen, daß sie auf die vorgelegten Urkunden, wofür sie dieselben halten oder erkennen, die rechte Wahrheit sagen wollen. Diese recognitio documentorum per testes ist ein eignes, von der comparatio litterarum (3) wie von der probatio documentorum per testes (4) gleich verschiednes, in älteren Zeiten selbst in Sachsen kaum zulässiges (5) ordentliches (6) Beweismittel, das seine Ausdehnung einerseits der subsidiarischen Anwendung der comparatio litterarum (7), der die Proceß-Ordnung nicht einmal Erwäh-

1) Oben, §. 3, Nota 2—4.

2) XXV, 4.

3) Carpzovius, III, 8, Resp. 84, No. 1 sqq..

4) Idem, l. c., und I, 17, Def. 14.

5) Colerus, de proc. exec., III, 1, No. 140, Dan. Mollerus, Semest., IV, 43, No. 4, Nicolai, Pr. jur., I, 53, No. 5.

6) Im Executivprocesse ist es unzuläßig, Suendendoerfferus, p. 739, 740, Wernherus, I, 104, III, 98.

7) Carpzovius, Resp. cit..

nung thut, und die in Praxi vorzüglich noch bei von bereits Verstorbenen herrührenden Urkunden vorzukommen pflegte (1), anderseits dem gewöhnlich unmöglichen Beweise durch Zeugen, wahrscheinlich zu verdanken hat.

Die Erläuterung und Verbesserung zur sächsischen Proceß- und Gerichts-Ordnung (2) schafft die comparatio litterarum und recognitio per testes, als meistentheils von schlechtem Effect, ganz ab, und gestattet nur den Beweis durch zwei über allen Einreden erhabene Zeugen, die beim Unterschreiben des Documentes gegenwärtig gewesen, oder daß der Product sich zu solchem bekannt, von ihm selbst gehört haben, hierauf kann das Document pro recognito angenommen, oder auf ein juramentum suppletorium erkannt werden (3).

§. 7.

Gemeine deutsche Praxis.

Die älteren, wie schon erinnert, mehrentheils in Sachsen oder doch im nördlichen Deutschland lebenden Proceßlehrer folgen mehr dem sächsischen, als dem gemeinen Rechte in dieser Lehre, die recognitio per testes ist ihnen das Hauptbeweismittel, die comparatio litterarum ein subsidiarisches, das, wo jenes nicht anwendbar ist, vorzüglich bei alten Urkunden, ohne große Einschrän-

1) Ibid., Fibigius, p. 263, Suendendoerfferus, l. c.

2) XXV, 5.

3) Vergl. Hommelius, Rhapsodia, Obs. 114.

kung zur Anwendung gebracht wird (1), das nach einigen feierlich seyn kann oder nicht, im ersten Falle geben sie ihm einige gemeinrechtliche Bestimmungen, im letzten ihrer Versichrung nach gewöhnlicheren Falle überlassen sie alles der richterlichen Willkühr (2). Hannövrische Rechtsgelehrte bringen die Vorschriften der Zellischen Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung (3) mit zur Anwendung (4). Von den neuren Juristen lassen einige die recognitio per testes (5) zu, andre verwerfen sie (6), ohne daß jedoch die einen oder die andren deren Ursprung gekannt zu haben scheinen. Im allgemeinen werden, was diese Lehre betrifft, die gemeinrechtlichen Bestimmungen gegenwärtig in Deutschland von den Proceßlehrern so wenig als in foro erkannt oder anerkannt (7), und nur noch hie und da zu einzelnen theils mit denselben übereinstimmenden theils denselben widersprechenden Sätzen als Belege benutzt. Das was von Gönner's Entwurf (8) über diese Materie anordnet, ist als das ungefähre Resultat der jetzigen Praxis zu betrachten.

---

1) Brunnemannus, XIX, 21, Strykius, Introd., XIX, 10, Ludovici, XVII, 15 sqq., Seyfart, XIV, 17, 18, Schaumburg, p. 236, 237.

2) Estor, I, §. 417 sqq., Hofmann, I, §. 629.

3) II, 8, sect. 2.

4) Pufendorfius, Obs., II, 24, 182, Struben, R. B., III, 48, Claproth, O. P., II, 244.

5) Danz, O. P., §. 339, Thibaut, §. 1181.

6) Gönner, Handbuch, II, 46, §. 15, Grolman, §. 89, Martin, §. 203.

7) Gönner, a. a. O., §. 16. Martin, a. a. O..

8) II, 6, §. 7.

X.

Ueber Nichtigkeiten.

§. 1.

Römisches Recht.

(D. 49. 8, C. 7. 64.)

Ein Urtheil, wenn entweder ihm selbst (1), oder dem Richter, von dem es herrührt (2), oder den Partheien, zwischen denen es erlassen (3), die gesetzlichen Requisite

1) L. 1 §. 1 D. de feriis (2. 12), L. 1 §. 3 D. h. t., Tit. C. quomodo et quando judex (7. 43), Tit. C. de sent. ex peric. recit. (7. 44), C. T. eod. Tit. (4. 17), L. 3, 6, 11 C. de sent. et interl. (7. 45), Tit. C. de sent. quae sine certa quant. prof. (7. 46), Tit. C. comminationes, epistolas (7. 57).

2) L. ult. D. de jurisd. (2. 1), L. 12 §. 2 D. de judiciis (5. 1), L. 28, 39 D. de re judic. (42. 1), L. 23 §. 1 D. de appell. (49. 1), L. 4 C. de sent. et interloc. (7. 45), Tit. C. si a non compet. jud. (7. 48), Tit. C. de relat. (7. 61), L. 4, 7, C. h. t., L. 2, C. T. de re judic. (4. 16).

3) L. 1 D. de postul. (3. 1), L. 74 §. 2 D. de judic. (5. 1), L. 4 pr., 9, 59 §. ult. D. de re judic. (42. 1), L. 2 D. h. t., L 6. C. quomodo et quando judex (7. 43), L. 1, 2 C. de sent. et interl. (7. 45), Tit. C. quibus res judic. non nocet (7. 56).

abgehen, oder das endlich gegen ausdrückliche gesetzliche Vorschriften (1), gegen ein bereits in der Sache erlaßnes rechtskräftiges Erkenntniß (2), oder gegen die Möglichkeit (3) anläuft, ist nichtig und als nicht vorhanden anzusehen, es beschreitet die Rechtskraft nicht, weshalb auch die Ergreifung eines Rechtsmittels gegen dasselbe unnöthig ist. Letzteres erklärt sich leicht daraus, daß nach der eigentlichen römischen Gerichts-Verfassung in der Regel beim Prätor jede Sache ihren Anfang nahm und zu Ende gieng, daß bei demselben um Judex und um Execution mußte nachgesucht werden, grade das zwischen beiden in der Mitte liegende Urtheil aber von einem andren (dem Judex) erlassen ward (4), wenn also aus einem nichtigen Urtheile weder die actio judicati noch die exceptio rei judicatae erwuchs, so hatte der nichtigerweise verurtheilte Beklagte die Execution nicht zu fürchten, und der nichtigerweise mit seiner Klage abgewiesene Kläger konnte dieselbe Klage nochmals anstellen und die Bestellung eines neuen judicii bewirken.

§. 2.

Kanonisches Recht.

Liegt gleich der päbstlichen Gesetzgebung in dieser Lehre eigentlich die römische an sich einfache zum Grunde

1) L. 32 D. de re judic. (42. 1), L. 19 D. de appell. (49. 1), L. 1 §. 2 D., L. 2 C. h. t.

2) L. 14, 42, 62 D. de re judic. (42. 1), L. 1 §. 1 D. h. t., L. 1. C. sent. rescindi (7. 50), Tit. C. de re judic. (7. 52), L. 1 C. T. eod. (4. 16), L. 1 C. h. t.

3) L. ult. D. h. t.

4) L. 15 pr. D. de re judic. (42. 1).

de (1), so konnte es doch nicht fehlen, daß in dieser Periode die Lehre von den Nullitäten höchst intricat und schwierig ward. Ihrer Natur nach kann sie nicht scharf begränzt seyn, sie kann nur Grundprinzipien aufstellen, und muß die Anwendung dem Richter überlassen; schon darum konnte sie in einer Zeit nicht gedeihen, die, aus der juristischen Welt alles geistige Leben verbannend, sich darin gefiel, den Rechts-Leichnam in Regeln und Fallentien zu zerlegen. Insbesondre mußte auf diese Lehre aber die ganz veränderte Gerichtsverfassung und das völlig umgestaltete gerichtliche Verfahren einen höchst schädlichen Einfluß äußren. Dadurch daß letzteres, wie die Rechtswissenschaft selbst an Einfachheit verlohren, hingegen an Weitschweifigkeit unendlich zugenommen hatte, war natürlich dieser Lehre ein um so größrer Spielraum angewiesen. Die römischen Begriffe von Jurisdictio, Magistratus und Judex, und deren Eingreifen in die römische Gerichtsverfassung, waren nicht einmal erkannt, weniger noch auf die Gerichtsverfassung übertragen, vielmehr ward in der Regel von demselben Richter das Urtheil ausgesprochen und vollzogen, bei dem die Klage angestellt, und über dieselbe verhandelt war. Letzteres mußte nothwendig ein eignes dem römischen Rechte unbekanntes (2) remedium nullitatis veranlassen, und dieses wieder eine Unzahl Con-

1) C. 4 X de procurat. (1. 38), c. 1, 12, 20 X de sentent. et re judic. (2. 27), c. 1, 63 X de appellat. (2. 28), c. 7 X de confirm. utili (2. 30), c. 2 de sent. excommun. in 6º (5. 11), c. 18, 26 de R. J. in 6º (5. 12), Cl. 2, de re judic. (2. 11).

2) Giphanius ad L. 1 C. de appell. (7. 62).

troversen (1). Dieses Rechtsmittel war früher, weil von vielen behauptet ward, durch die Einlegung der Appellation verzichte man stillschweigend auf dasselbe (2), das hauptsächliche und die Appellation das eventuelle (3), später kehrte sich das Verhältniß um (4), immer aber konnte es in der Regel nur 30 Jahre lang benutzt werden (5), der Einrede der Nichtigkeit hingegen lief überhaupt keine Verjährungszeit (6). Eine Nichtigkeit konnte auch zur Rechtfertigung einer Appellations-Beschwerde benuzt werden (7), wie denn im allgemeinen das Erkenntniß über Nichtigkeiten als ad officium judicis gehörig betrachtet ward (8). Nach Verschiedenheit des Falles wurde entweder die ganze Verhandlung, oder ein Theil derselben, oder blos das angefochtene Erkenntniß für nichtig erklärt (9). Vor Erlassung einer sententia definitiva konnte der Richter das auf nichtige Weise vor-

1) Durandus, II, 3, de sententia, §. 8, Vantius, Tract. de nullitatibus processuum ac sententiarum, Colon. Agrip., 1575, 8º.

2) Durandus, l. c., No. 25.

3) De Ferrariis, XXI, et 4, No. 2. Die Formel war: dico sententiam nullam, et si qua est, appello.

4) Octavianus Vestrius, VIII, 1, No. 1, 17 sqq.. Die Formel war: appello, salvo jure dicendi de nullitate.

5) De Ferrariis, l. c., No. 5, Octav. Vestrius, l. c., No. 10, 30.

6) Durandus, l. c., No. 9, 10, Vantius, Tit. quoties et intra quod tempus, No. 8, Oct. Vestrius, l. c..

7) Vantius, Tit. coram quo possit, No. 4, 5.

8) De Ferrariis, l. c., No. 5.

9) Idem, l. c., No. 10, Octav. Vestrius, l. c., No. 16.

genommne nochmals vornehmen, deshalb war nach vielen Rechtslehrern die Beschwerde hierüber auch eigentlich bei ihm anzubringen (1). Als heilbare Mängel (defectus sanabiles), denen, zumal in summarischen Sachen, durch Rescripte abgeholfen zu werden pflegte, betrachtete man, defectus judiciorum formae a jure civili (positivo) inductae, ihnen waren entgegengesetzt defectus formae judiciorum a jure naturali et gentium inductae, als: defectus jurisdictionis, inhabilitatis, mandati, citationis et processus substantialis (2). Wer drei Urtheile gegen sich hatte, durfte eher nicht über Nichtigkeit sich beschweren, bis diese Urtheile zur Execution vollständig mandirt waren (3).

§. 3.

Reichsgesetzgebung.

Im Jahre 1521 ward zur Abschneidung des Verzuges zweifächtiger Rechtfertigung verordnet, es sey die Klage wegen Nichtigkeit voriger Rechtfertigung sammt der auf die Iniquität, Beschwerde und Ungerechtigkeit hiervor gesprochner Urtheil, ob jemand ihm die zu gebühren vermeine, (die remedia nullitatis et appellationis,) alternative und mit einander gleich einzubringen, auch seyen, so die angezogene Nichtigkeit nicht dergestalt erfunden würde,

---

1) Vantius, l. c., No. 1—3.

2) Idem, Tit. ult., No. 125, vergl. auch Tit., de modo et ord. videndi processus. Clem. saepe de V. S. (5. 11) dürfte hier insbesondre zu berücksichtigen seyn.

3) Cl. 1 de re judic. (2. 11).

daß dadurch einer Parthei in der Hauptsache ein unwiderbringlich Unrecht beschehe, die vordern Proceß, anderer Unförmlichkeit halben, als nichtig nicht zu verwerfen (1). Dasselbe ward nach zwei Jahren beståttigt, übrigens wo auf Nullität principaliter und allein geklagt würde, ward, wie in andren Sachen simplicis querelae, vorgefahren und procedirt (2). Den Procuratoren ward nachmals aufgegeben, die Ursachen der principaliter oder incidenter verhandelten Nullität, specifice auszudrücken (3). Ueber die incidenter vorgenommne Nullität ward neben und mit der Iniquität zugleich in denselben Terminen verhandelt, ausnahmsweise sollte jedoch, wo aus den Acten erster Instanz sich eine öffentliche Nullität, welche in andrer Instanz nicht ratificirt werden möchte, ergebe, darüber auch vor der Kriegsbefestigung, ex officio endlich gesprochen und erkannt werden (4). War endlich nicht Summa appellabilis vorhanden, fand auch keine Nichtigkeitsklage statt (5).

---

1) CGO. 1521, XXI.

2) CGO. 1523, V, 6, 7 vergl. m. CGO. 1555, III, 34, §. 3, Conc. III, 40, §. 3.

3) CGO. 1527, §. 23, 1555, III, 34, §. 4, Conc. III, 40, §. 4.

4) CGO. 1555, III, 34 §. 2, Conc. III, 40, §. 2. Auch dem §. 1 ibid. wurden die erläuternden Worte angehängt, „sondren darauf in der Haupt-Sach erkennt werden, was recht ist." — RA. 1532, III, 16 — 18 berührt zwar diese Lehre, gehört aber wesentlich nicht hierher.

5) RA. 1570, §. 69, Conc, II, 31, §. 5.

§. 4.

Fortsetzung.

Diese im allgemeinen der italischen Praxis entlehnte Gesetzgebung war weniger geeignet, jener Controversen und Subtilitäten zu beseitigen, als vielmehr neue herbeizuführen; wirklich wurden die alten unbestimmten Bestimmungen in Praxi beibehalten, und die Lehre um einige Streitfragen durch die Rechtslehrer dieser Periode bereichert (1). Die Gesetzgebung hob insbesondre den Unterschied zwischen in der Hauptsache den Partheien ein unwiderbringlich Unrecht zufügenden, sodann öffentlichen, in andrer Instanz nicht zu ratificirenden Nichtigkeiten, und den diesen entgegen gesetzten practisch heraus, wie die Praxis voriger Periode ein gleiches gethan, und völlig entsprechend auf dieselbe Weise zwischen defectus judiciorum formae a jure naturali et gentium inductae (insanabiles) (2), und defectus judiciorum formae a jure civili seu positivo inductae, (sanabiles) unterschieden hatte (3). An und für sich aber konnte jede Nullität, sie mochte sanabilem oder insanabilem defectum haben, principaliter 30 Jahre lang geltend gemacht werden (4). Dies hatten die Advocaten und Procuratoren beim Cammer-Gerichte dazu misbraucht, daß wenn

1) Gaill, Obs., I, 127, Mynsingerus, Obs., IV, 63, V, 91, Rulant, IV, 8, c. 15, Deckherrus, Monumenta, p. 358 sqq., p. 573 sqq., Fabricius, Obs., II, 77.

2) Blumen, LVI, 2.

3) Oben p. 115, Nota 2.

4) Rulant, l. c., No. 1, Bachovius ad Treutlerum, II, 33, Lit. k, Perezius in C., h. t., No. 12.

gegen ein von einem Untergerichte erlassenes Urtheil, wegen versäumter Nothfrist, nicht vorhandner Summa appellabilis (1), oder vorhandnen privilegii de non appellando (2), keine Appellation statt fand, sie dasselbe oft nach längst beschrittener Rechtskraft als nichtig anfochten, und beim Cammer-Gerichte eine Ladung, wohl gar Inhibition erwirkten (3), sodann aber, weil wie der Appellationsrichter als solcher befugt und verpflichtet war über die in den Acten voriger Instanz enthaltnen Nichtigkeiten zu erkennen, so auch der Nullitätsrichter überhaupt die Befugniß hatte das vorige Urtheil zu reformiren selbst der Iniquität halber (4), die Iniquitäts-Beschwerden mit ausführten und geltend machten (5). Um diesem Unfuge zu steuern ward beim Deputationstage zu Frankfurt im Jahre 1644 darauf angetragen, es solle statuirt werden, daß sowohl a sententia nulla als injusta intra decendium zu appelliren sey (6).

---

1) Dies veranlaßte wahrscheinlich die abhelfende Vorschrift des RA. 1570, §. 69.

2) De Ludolf, De jure camerali, p. 141.

3) Gaill, l. c., No. 8—10.

4) Ibid., No. 1, 2.

5) Deckherrus, Monumenta, p. 574, No. 4.

6) De Meiern, II, p. 163. Pommern sprach sich hierüber folgendermaßen unter andren aus: „erinnerte man sich gar „wohl, welchergestalt vielmals cauti litigatores sich des „remedii nullitatis longo tempore competentis so fern zu „misbrauchen pflegen, daß sie per ejusmodi viam pendente „nullitatis cognitione nach und nach ipsam injustitiam et „iniquitatem sententiae hauptsächlich zu insinuiren und zu „deduciren, und die Execution der vorher bereits in ihrer

Dieser Antrag gieng jedoch nur zur Hälfte durch (1), nehmlich bei den nullitatibus juris positivi (2) ex formalitate et subtilitate processus resultantibus (3), bei diesen sollte das zehntägige fatale interponendae observirt werden (4), nicht aber bei den nullitatibus contra jus naturale (5), welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Parthei, oder aus den substantialibus des processus (6) nach sich führen, rücksichtlich deren es bei der Disposition der gemeinen Rechte belassen ward (7). So knüpften die Verfasser des jüngsten Reichs-Abschiedes an einen seit Jahrhunderten bekannten (8), ohnehin practischen (9) Unterschied neue practische Folgen, ohne daran zu denken, daß er nach

„Kraft erwachsenen Urtheilen dardurch zu retardiren sich unterstehen dörffen, dergleichen calumniis dann billig auf „alle thunliche Weiß zu begegnen, und vornehmlich zu sol„chem End nicht undienlich seyn möchte, einen gewissen kur„zen Termin zu Einbringung der Nullitäten anzusetzen rc.", stimmte aber nichts desto weniger gegen den von Baiern herrührenden Antrag.

1) Die Geschichte der Gesetzgebung bei Gönner, Handbuch, III, 64, §. 4—7.

2) De Meiern, II, p. 653, 657.

3) Ibid., p. 419.

4) RA. 1654, §. 121.

5) De Meiern, l. c..

6) Vantius, Tit. de nullitate ex defectu processus, No. 15—17.

7) De Meiern, II, p. 419, RA. 1654, §. 122.

8) Oben p. 115., Nota 2.

9) Oben p. 117, Nota 2, 3.

einem Jahrhunderte weder bekannt seyn, noch verstanden würde, und ohne zu bedenken, daß auf einem schwankenden Boden sich kein festes Gebäude aufführen läßt.

§. 5.

Gemeines deutsches Recht.

Ein erlaßnes Urtheil ist unheilbar nichtig durch den Abgang eines ihm wesentlichen nicht nachzuholenden Erfordernisses (1), oder das Vorhandenseyn eines ihm wesentlichen Hindernisses (2), es ist heilbar nichtig, wenn ihm etwas außerwesentliches, oder was noch kann nachgeholt werden (3), abgeht; schwerlich dürfte sich ein höheres Prinzip aufstellen, und das arbitrium judicis ganz einengen lassen (4); im ersten Falle läuft der Beschwerde nur die Verjährung der Klagen, im letzteren laufen ihr die Nothfristen der Appellation, an welche ohnehin gebunden ist, wer des remedii nullitatis nicht principaliter,

---

1) Oben p. 111, Nota 1 — 3.

2) Oben p. 112, Nota 1 — 3.

3) Z. B., der wesentliche Mangel gehöriger Bevollmächtigung, Vantius, Tit. ult., No. 101 sqq..

4) Hier kömmt in Betracht die vom Pleno des Cammergerichts im Jahre 1637 über die unheilbaren Nichtigkeiten gegebene Erklärung, obschon sie nicht vollständig ist, und nur Beispiele anführt, Estor, I, §. 1080; insbesondre ist in Ansehung des Processes herausgehoben, wenn einer nicht wäre gehört, oder ohne genugsamen Beweis, oder ohne Vertheidigung verdammt worden.

sondren incidenter, d. h., neben demselben auch des remedii appellationis sich eventualiter bedient, wo über beide zugleich verhandelt wird, obschon selbst in diesem Falle über unheilbare Nichtigkeiten ex officio ohne weitläufiges Verfahren endlich erkannt, und die ganze frühere Verhandlung als nichtig verworfen werden kann, was heilbarer Nichtigkeiten wegen nie geschieht. Eines ratione Summae nicht appellablen Gegenstandes wegen findet auch kein remedium nullitatis statt. Wer drei Urtheile gegen sich hat, darf sich nicht über Nichtigkeit beschweren, bis dieselben zur Execution vollständig mandirt sind. Die Einrede der unheilbaren Nichtigkeit als solche ist keiner Verjährung unterworfen (1).

§. 6.

Gemeine deutsche Praxis.

Die Gerichtsverfassung Roms, die Freiheit des Bürgers mehr nicht als nothwendig beschränkend, sticht auch in dieser Lehre vortheilhaft gegen die der späteren Perioden ab, wo nicht mehr von den Partheien in den einzelnen Fällen selbst gewählte unabhängige Männer öffent-

1) Rücksichtlich derselben wollte der jüngste Reichs-Abschied überhaupt nichts abändern, diese Einrede aber war sowohl nach den im §. 1 entwickelten Grundsätzen des römischen Rechtes, als nach der kanonischen (oben p. 114, Nota 6) und älteren Reichs-Praxis (Rulant, IV, 8, 15, 2,) unverjährbar.

lich zu Gericht sitzen, und der Staat sich nur um Einleitung und Vollstreckung kümmert, sondren Staatsdiener die ganze verrostete Justiz-Maschine, oft selbst Justiz-Maschinen, im Finstern langsam und verdroßen bewegen.

Viele Landesgesetze (1) haben auch die Nullitätsbeschwerde an bestimmte enge Fristen gebunden, den Lehrern des gemeinen Processes aber war diese Lehre immer ein Stein des Anstoßes. Sie versuchten theils die einzelnen unheilbaren Nichtigkeiten aufzuzählen, entweder aus Gesetzesstellen (2), oder überhaupt beispielsweise (3), theils höhere Prinzipien aufzustellen, um einen systematischen Zusammenhang in diese Lehre zu bringen (4). Einige meinen, sich an die Worte des jüngsten Reichs-Abschiedes halten, und deshalb aus dem Innhalte eines Urtheils in der Hauptsache keine unheilbare Nichtigkeiten einräumen zu dürfen (5), während andre glauben, außer den Bestimmungen des jüngsten Reichs-Abschiedes auch andre unheilbare Nichtigkeiten zulassen zu müssen (6); hier wird die

---

1) Martinus, XXXVIII, No. 22 — 26.

2) Muellerus ad Struvium, h. t., 17, Lauterbachius, h. t., §. 2, Schoepfius, Processus appellationis, nullitatis etc, (Stutgardiae, 1748, 8º,) c. 21, §, 5.

3) Ludovici, XXXII, 2, 3, De Cramer, Systema P. J., § 1339 sqq., Seyfart, XXXI, 2.

4) Z. B., Puetterus, Opuscula rem jud. imp. illustr., VII, VIII, Gönner, Handbuch, III, 64.

5) Grolman, §. 218, Thibaut, §. 1253, Martin, §. 283, 284.

6) Puetterus, l. c, §. 31.

Nichtigkeit eines gegen klares Gesetz (contra jus in thesi) erlaßnen Urtheils als (in andrer Instanz) heilbar betrachtet (1), dort die Schwierigkeit des Unterschiedes contra jus in thesi und contra jus in hypothesi in der Anwendung nachgewiesen, und alles auf den möglichen oder unmöglichen Verzicht der Partheien zurückgeführt (2); von allen aber wird übersehen, daß in dem Ausdrucke des jüngsten Reichs-Abschiedes: aus den substantialibus des processus, dem damaligen juristischen Sprachgebrauche nach, auch Nichtigkeiten aus dem Innhalte eines Urtheils in der Hauptsache, insbesondre die Nichtigkeit eines gegen klares Gesetz gesprochenen Urtheils, enthalten ist (3). Die Einrede der Nichtigkeit ist in neurer Zeit so ziemlich in Vergessenheit gekommen, nach manchen älteren Rechtslehrern sollte derselben die Verjährung der Klagen laufen (4). Der Natur der Sache wie der neuren Praxis widerspricht das Anbringen der Nullitätsklage vor demselben Richter (5).

Von Gönner beschränkt in seinem Entwurfe (6) die Nichtigkeitsklage theils auf Mängel an wesentlichen Theilen des gerichtlichen Verfahrens, theils rücksichtlich ihrer Dauer.

1) Tafingerus, §. 664.

2) Gönner, a. a. O., §. 23 sqq..

3) Vantius, Tit. de nullitate ex defectu processus, No. 15 — 17, 118, 125.

4) Martinus, XXXVIII, No. 46, 47.

5) Gönner, Handbuch, III, 65.

6) IV, 3, §. 12, 13, B. 2, Abth. 3, p. 862 sqq.

XI.

Ueber Supplication und Revision.

§. 1.

Römisches Recht.

Als Rom noch Republik, und jeder Bürger gleich vor und unter dem Gesetze war, konnten Bittschriften, zumal in Justizsachen, kaum denkbar seyn; anders unter den Kaisern, wo die römische Staatsverfassung sich zu einer manchmal despotischen Monarchie ausbildete. Nichts natürlicher, als daß römische Kaiser ersucht wurden, auch sich bewogen fanden, in Justizsachen einzugreifen. Anfangs wahrscheinlich in eclatanten Fällen, wo auf andre Weise nicht wohl zu helfen war (1), nachmals scheinen sich jedoch die Bittschriften vermehrt, und daher die Kaiser zu mannigfachen Verordnungen über dieselben Veranlaßung ge-

1) Z. B., L. 32 §. 14 D. de receptis (4. 8), L. 33 D. de re judic. (42. 1).

nommen zu haben (1). Kaiser Constantin vorzüglich war dem Sachverschleife durch Appellationen und Supplicationen überaus feind, und verpönte deren Mißbrauch dermaßen stark, daß diese Strafen in Praxi kaum anwendbar dürfen gewesen seyn, wie denn auch seine in der Hinsicht erlaßnen in die justinianische Compilation übergegangenen Verordnungen, in dieser nur mit bedeutender Milderung aufgenommen worden (2). Die Supplication als eigentliches Rechtsmittel bildete sich vorzüglich bei von den Praefectis Praetorio erlaßnen Urtheilen aus. Die von August eingeführte Praefectura Praetoriana war ursprünglich nichts als die Befehlshaberstelle der prätorischen Cohorten, in die sich zwei Praefecti Praetorio theilten; diese erhielten im Laufe der Zeiten Civil-Jurisdiction, ja, wurden unter Constantin ganz vom Militärwesen gesondert, auf vier vermehrt, dem in vier Präfecturen getheilten Reiche für die ganze Civilverwaltung vorgesetzt (3), und als die vorzüglichsten Magistrate, im Range unmittelbar den Kaisern folgend, betrachtet (4). In früherer Zeit konnte von den Urtheilen des P. P. appellirt werden (5); später ward dies,

---

1) C. T. 1. 2, C. 1. 19—23.

2) L. 6 C. T. de appell. (11. 30) vergl. m. L. 2 C. ut lite pendente (1. 21), L. 17 C. T. eod. vergl. m. L. 3 C. eod., L. un. C. T. de officio P. P. (1. 15), J. Gothofredus ad h. l..

3) Bachius, Historia Jurispr. Romanae, Editio (sexta), Stockmann, p. 294, 512.

4) Bachius, l. c., Basilica, VI, 1, c. 12.

5) L. un. §. 1 D. de officio P. P. (1. 11).

wahrscheinlich von Constantin, als mit der Würde dieser Stelle unvereinbar, untersagt (1); gegen solche Urtheile konnte jedoch beim Kaiser supplicirend um die Anordnung einer nochmaligen Verhandlung derselben Sache (retractatio) (2) nachgesucht werden, unterlag der Supplicant abermals, so konnte er nach einer Verordnung der Kaiser Valentinian und Valens vom Jahre 365 nun nicht von neuem suppliciren (3), auch verordneten Kaiser Theodos und Valentinian im Jahre 439, es solle die Supplication gegen Urtheile des P. P. überhaupt nur bis zwei Jahre nach Abgang desselben zulässig seyn (4).

§. 2.

Fortsetzung.

Auch in dieser Lehre zeigte sich Kaiser Justinian thätig, und erließ mehrere einschlagende Verordnungen. Wer bereits zweimal appellirt hatte, sollte nicht gegen über solche Sachen in dritter Instanz vom P. P. erlaßne Urtheile suppliciren dürfen (5). Vom P. P. abgeurtheilte,

---

1) L. un. §. 1 D. cit., L. 17 D. de minor. (4. 4), L. 8 C. de episc. aud. (1. 4), L. 11, 16 C. T. de appell. (11. 30), L. 19 C. eod. (7. 62), J. Gothofredus, ad L. 16 C. T. cit., von Löhr, Uebersicht der Constitutionen, I, p. 28.

2) Brissonius, de V. S., v. retractare, retractatio.

3) L. 5 C. de precib. imperatori (1. 19).

4) Nov. Theod. 6, L. un. C. de sent. P. P. (7. 42).

5) L. un. C. ne liceat in una eademque causa (7. 70).

auf höchste Anordnung nochmals zu verhandelnde Sachen waren nach geschehener Einleitung rücksichtlich der festgesetzten Zeitfristen und Abwesenheit der Partheien den eingeleiteten Appellationssachen gleichgestellt (1). Ward derselbe P. P. wieder mit derselben Würde bekleidet, und war die nachgesuchte nochmalige Verhandlung einer von ihm während seiner früheren Magistratur abgeurtheilten Sache verstattet, so geschah dieselbe nichts desto weniger vor ihm, mit Hinzuziehung des Quästors; gegen auf solche Weise erlaßne Erkenntnisse war keine weitere Supplication zuläßig (2). Den P. P. ward das Recht bestätigt, daß gegen ihre Urtheile keine Appellation, und nur eine Retractation statt finden solle (3), auch verordnet, daß bei dieser in der Zwischenzeit allenfalls erlaßne Gesetze nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen (4). Dem sich durch ein Erkenntniß des P. P. (5) beschwert Erachtenden ward verstattet, innerhalb zehn Tagen nach dessen Erlaß dem P. P., dessen Räthen ꝛc. gegen dasselbe einen Libell einzureichen mit der Wirkung, daß alsdann dasselbe eher nicht zur Execution mandirt werden durfte, bis der obsiegende Theil hinlängliche und sichre Bürgschaft für den Fall geleistet, daß er bei der auf rechtliche Weise vorgenommnen nochmaligen Verhandlung unterliegen sollte; ließ der sich beschwert Erachtende die zehn Tage un-

---

1) L. ult. §. 5 C. de temp. et reparat. appell. (7. 63).

2) L. (rest.) 35 C. de appellat. (7. 62).

3) Nov. 82, c. 12.

4) Nov. 115, c. 1.

5) Versteht sich, gegen das die Supplication an sich zuläßig war.

benutzt vorübergehen, so blieb ihm zwar das Recht, eine nochmalige Verhandlung zu fordren, unbenommen, die Execution aber gieng ohne Bürgschaft vor sich (1).

§. 3.

Päbstliches Recht.

Auf der einen Seite wird man, da in dieser Periode das Amt eines P. P. aus der Gerichtsverfassung verschwindet, zu der Erwartung berechtigt, diese ganze Lehre aus dem gerichtlichen Verfahren verbannt zu sehen; wer aber auf der andren Seite erwägt, wie die Päbste dahin strebten, sich, wo und so viel nur immer möglich, als höchste Richter aufzuwerfen (2), daß sie ferner, der von ihnen bekleideten höchsten geistlichen Würde entsprechend, das Interesse der Religion, ja, selbst das der Billigkeit, über das des strengen Rechtes setzen zu müssen glaubten, dem wird es einleuchten, daß grade bei ihnen der Bittsteller seinen Endzweck um so öfter und eher erreichen, hingegen die auctoritas rei judicatae größren Abbruch erleiden mußte. —

In der Lehre von den Nullitäten schloßen sich die Päbste dem römischen Rechte an (3), sie giengen aber weiter, und ließen auch bei sogenannten Iniquitäten, ohne Rücksicht auf bestimmte Zeitfristen, unter allerlei Vorwänden und Benennungen über rechtskräftig abgeurtheilte Sachen

1) Nov. 119, c. 5.

2) Decr. Grat., P. II, C. 2, q. 6, c. 3, 8.

3) Oben p. 113 Nota 1.

Sachen nochmalige neue Verhandlungen vor sich zu (1), was bei Ehesachen überhaupt keinen Anstand hatte (2).

Wer möchte aber ein an keine Zeit und Regel gebundnes, einen Act der Willkühr bezweckendes Mittel ein Rechtsmittel nennen? Nichts desto weniger führen die Praktiker dieser Periode als ein solches die Supplication auf, und zwar für Fälle, wo keine weitere Appellation statt findet, z. B., gegen Urtheile des Kaisers, Pabstes etc.. Ohne in den Geist der römischen Gesetze einzudringen, mit der älteren Geschichte und Gerichtsverfassung wenig vertraut, wenden sie die in der justinianischen Compilation vorgefundenen Bestimmungen, so gut es gehen will, auf ihre Zeiten, deren Staats- und Gerichtsverfassung an, und vergessen weder den Praefectum Praetorio noch die servos der Römer, wissen üb-

---

1) Als Grundsatz findet sich dieses besonders ausgesprochen, Decr. Grat., P. II, C. 35, q. 9, c. 7, c. 9 X de sent. et re judic. (2. 27). Letztere Stelle ist trotz allen versuchten Auslegungen (Gonzalez Tellez ad h. c.) nur in diesem Sinne zu verstehen. Hierher gehörige Beispiele ließen sich viele aufführen; ein höchst merkwürdiges findet sich in c. 5 X de r. i. i. (1. 41), wo von einem vor langen Jahren abgeurtheilten Falle die Rede ist, und Innocenz III die Gründe angiebt, aus welchen er nichts desto weniger eine nochmalige Verhandlung vor sich gestattet, wobei man sich auch erinnern muß, daß eine r. i. i. eigentlich nur intra quadriennium zuläßig war; die Stelle zeigt zugleich, daß dem Pabste die römische supplicatio und retractatio vorschwebte.

2) C. 7, 10 X de sent. et re judic. (2. 27), Gonzalez Tellez, ad c. 7 cit..

rigens gegen ihre Gewohnheit wenig von dieser Lehre zu sagen (1).

§. 4.

Reichsgesetzgebung.

Deutschland hatte mit der fremden Legislation wenigstens das Gebrechen der willkührlichen Eingriffe eines Oberhauptes in Justizsachen nicht aufgenommen, retractationes konnten hier nicht wie unter den Päbsten vorkommen, und Supplicationen (2) als nutzlos kein Gedeihen haben (3). Jedoch ward ein andres, ihnen gewissermaßen verwandtes Rechtsmittel eingeführt, das der (Revision) Besichtigung der Acten gegen cammergerichtliche Urtheile; ursprünglich nur zum Behufe der Syndicatsklage, ohne die Execution aufzuhalten, und zwei Mo-

---

1) Glossa ad c. 4 X de r. i. i. (1. 41), v. supplicavit, Durandus, II, 3, de supplicatione, Tancretus, IV, qualiter sent. valida sublevetur, De Ferrariis, XVII, I, No. 4.

2) Mit diesen sind die am Cammergerichte vorgekommnen supplicationes pro processu impetrando (oben p. 5, Nota 1) nicht zu verwechseln.

3) RA. 1532, III, 17 drückt sich über das Suppliciren folgendermaßen aus: „zu dem, daß solches Unsern Kayserlichen „Rechten nicht entgegen, so wider Endurtheil zu suppliciren „zulaßen ꝛc.“ Diese Wendung zeigt, daß die Supplication wohl aus dem recipirten fremden Rechte, nicht aber in der einheimischen Praxis bekannt war.

nate vor prima Maji (1) dem Erzbischoffe zu Mainz, als des Reichs Erz-Canzlern, schriftlich anzuzeigen (2). Diesem Rechtsmittel ward nachmals eine weitere Ausdehnung gegeben, dergestalt daß es in der Regel die Execution sistirte, wohingegen ehe die Revision vorgenommen werden durfte, eine von den Cammer-Gerichts-Visitatoren den Umständen nach arbitrirte dem kaiserlichen fisco verfallne Succumbenz-Summa erlegt seyn mußte (3), auch ein eigner Eid ward bei diesem Rechtsmittel eingeführt (4), und das Suppliciren gegen cammergerichtliche Urtheile besonders untersagt (5). — Als im Jahre 1600 die Appellations-Summa von den Untergerichten an's Cammergericht erhöht ward, erlaubte man den Unterthanen in solchen ratione summae nicht an's Cammer-Gericht appellablen Sachen, ihre Beschwerden coram competente per viam supplicationis intra decendium anzubringen, worauf denn per modum revisionis, ex eisdem actis (hatten die Partheien neues vorzubringen nach zweien Sätzen oder Schriften,) endlich entschieden, oder die Acten-Versendung an eine Universität oder

---

1) Auf diesen Tag war die jährliche Cammer-Gerichts-Visitation festgesetzt, RA. 1532, III, 3.

2) Ibid., III, 16, 17. Chur Mainz forderte beim Ausschreiben der Visitation die Stände auf, Revisoren zu schicken. — RA., 1524, §. 23 gehörte eigentlich schon hierher.

3) CGO. 1555, III, 53, Conc. III, 63, wo auch das Detail und die nicht wesentlichen Veränderungen, welche dieses Rechtsmittel bis zum Jahre 1613 erlitten, nachzulesen.

4) Oben p. 43, Nota 1.

5) CGO. 1555, III, 51.

an zwei oder drei Rechtsgelehrten, auf Antrag der Partheien oder sonst aus bewegenden Ursachen, ad revidendum vorgenommen ward (1). Beim Reichs-Hofrathe mußte die Acten-Revision per viam supplicationis ad Caesaream Majestatem erwirkt werden (2).

§. 5.

Fortsetzung.

Das mit dem Suspensiv-Effect versehene Revisions-Rechtsmittel gegen cammergerichtliche Erkenntnisse hatte sich, zumal seit dem Jahre 1582 keine ordentliche Visitationen und Revisionen gehalten worden (3), als eines der Hauptgebrechen des Justizwesens bewährt, dergleichen Revisionen lagen im Jahre 1653 wohl 20,000 unerledigt (4). Es wurden über diesen Gegenstand viele und weitläufige Verhandlungen gepflogen, deren Resultat der jüngste Reichs-Abschied enthält (5).

---

1) RDA. 1600, §. 16, Conc. II, 31 §. 10. Es heißt in diesen Stellen, in gebührender Zeit Rechtens, und da dieses Rechtsmittel eigentlich an die Stelle der früher an's Cammergericht gegangnen Appellation getreten, so ist hierunter das decendium zu verstehen, CGO. 1555, II, 29 §. 2, Conc. II, 32 §. 1, Blumen, XLVI, 22.

2) Instr. P. O., Art. V, §. 55, R. H. R. O., V, 7.

3) RA. 1654, §. 132.

4) De Meiern, II, p. 399.

5) Die weitläufige nicht uninteressante Geschichte der Gesetzgebung in dieser Lehre findet sich theilweise zusammen gestellt

In der Regel hat die Revision gegen cammergerichtliche Erkenntnisse keinen Suspensiv-Effect, dergestalt jedoch daß die obsiegende Parthei genugsame, im allgemeinen dem richterlichen Ermessen überlaßne Caution de restituendo für den Succumbenzfall zu machen hatte (1); es ward eine summa revisibilis, und zugleich festgesetzt, daß wo in Sachen simplicis querelae vom Unterrichter an's Cammergericht nicht appellirt werden könne, auch von diesen keine Revision (2), und solche überhaupt nicht zulässig seyn solle, wo vermög gemeiner Rechte keine Appellation zugelassen werde; die Revision muß sub desertionis poena intra quatuor menses a die latae sententiae bei Chur-Mainz, oder wenn derselbe bei der Sache interessirt, bei Chur-Trier angebracht, dem Cammer-Gerichte insinuirt, die Revisions-Beschwerden, falls Revident solche zu produciren gesonnen, summariter, kürzlich und unterschiedentlich übergeben, oder auf Bescheinigung rechtlicher Verhindrung hierzu novum terminum gebeten, auch das juramentum revisorium abgelegt werden (3); der muthwillige Revident ward nicht nur der hinterlegten Sporteln verlustig, sondren konnte überdies nach Ermessen der Revisoren mit Strafe belegt werden (4). Zur Erledigung der vorhandnen älteren Revisionen ward eine außerordentliche Deputation niedergesetzt, und besonders

---

in Neurodes, Anm. 261—295, es wäre zweckwidrig gewesen, hier auf dieselbe zurückzukommen.

1) RA. 1654, §. 124.

2) Ibid., §. 127.

3) Ibid., §. 125.

4) Ibid., §. 126.

instruirt (1). Rücksichtlich der Revisionen von den Untergerichten wegen an's Cammergericht ratione summae nicht appellabeln Sachen, ward es im allgemeinen bei den älteren Vorschriften belassen, und nur der modus inrotulandi angeordnet (2).

§. 6.

Gemeines deutsches Recht.

Nachdem die Reichsgerichte zu existiren aufgehört haben, ist der schwierigste Theil dieser Lehre unpractisch worden. Wo noch das Revisions-Rechtsmittel erlaubt ist, und die Landesgesetze über dasselbe keine bestimmte Auskunft geben, ist es nach den Grundsätzen der im RDA. vom Jahre 1600, §. 16 und im jüngsten Reichs-Abschiede, §. 113 angeordneten Revisionen zu beurtheilen, über welche auf Gönner (3) verwiesen werden kann. Ein von diesem Rechtsmittel getrenntes remedium supplicationis giebt es gemeinrechtlich nicht (4).

1) RA. 1654, §. 130 – 132.

2) Ibid., §. 113.

3) Handbuch, III, 63. M. vergl. auch G. L. Boehmerus, Electa J. C, II, 3, c. 1, §. 9 sqq..

4) Dieses findet sich noch in manchen Landesgesetzen, Hofmann, I, §. 874.

XII.

Von vertragsmäßigen Schiedsrichtern.

§. 1.

Von Gönner (1) wirft dem römischen Rechte vor, es habe diese Lehre aus einem falschen Gesichtspuncte, nehmlich die Schiedsrichter als gewillkührte Richter aufgefaßt; diese seyen, meint er, nothwendig gewesen, so lange es an Gerichten mit guter Organisation ermangelt, und überflüßig worden, sobald der Staat das Gerichtswesen gut geordnet habe; ein solcher dürfe judicia conventionalia als Bastarden auf keine Weise dulden; wer processiren wolle, habe dafür in den Gerichten sein Institut, und mehrere Institute für einen Zweck sanctioniren, widerstrebe aller Politik der Legislation; sie seyen dann nur das Product entweder eines Mißtrauens gegen die vom Staate eingesetzten Richter, oder des Bestrebens, den

1) Entwurf, B. 2, Abth. 1, p. 159 sqq.

Staat um die Abgaben zu bringen, die er für den Unterhalt der Gerichte mittelst der Taxen erhebe.

Unglückselige Zeit, die sich hellsehend wähnt und blind ist, die frühere Mängel entdeckt, welche nie waren, und die eigne Gebrechlichkeit nicht sieht, welche noch ist. Dreimal unglückseligeres Recht, wie ist gebrochen deine herrliche Kraft, und entschwunden dein freies Leben, wie bist du sogar zur wissenschaftlichen Mumie eingetrocknet, und welch kleinliches Räderwerk soll Freiheit und Leben dir ersetzen. Legislation der heutigen Politik, die nur Staaten anerkennt und kein Volk, wird zur Politik der heutigen Legislation, und selbst viele die das Gute wollen, verfechten unbewußt das Arge.

Diese Betrachtungen, die der Gegenstand fast unwillkührlich veranlaßt, können und sollen hier, wo es eigentlich darum zu thun ist, diese Lehre nach römischem Rechte zu skizziren, nicht weiter ausgeführt werden.

§. 2.

Römisches Recht.

(D. 4. 8, C. 2. 56.)

Privatpersonen können nicht einen andren nicht ohnehin mit richterlicher Gewalt bekleideten Privaten durch ihre Uebereinkunft zum eigentlichen Richter eines Rechtsstreites machen (1), was in solchem Falle von einem solchen Privaten festgesetzt wird, erlangt keine Rechtskraft

---

1) L. 1, 74 §. 1 D. de judiciis (5. 1), L. 3 C. de jurisdict. (3. 13).

und ist an sich ohne Wirksamkeit (1); um aber das außergerichtliche Schlichten der reinen Civilstreitigkeiten (2) zu befördren, erlaubte der Prätor den zwischen streitenden Partheien einer-, und einem dritten anderseits, nach von ersteren gegenseitig auf den Ungehorsamsfall angelobter Geldstrafe (pecunia compromissa), dahin abgeschloßnen Vertrag, daß letzterer die Stelle eines Richters vertreten, und ihre Zwistigkeiten endlich beilegen und entscheiden wolle (3). War nun gleich die Uebernahme eines solchen arbitrii blos willkührlich, und konnte hierzu niemand gezwungen werden, so fand es doch der Prätor, nicht nur damit Rechtsstreite beendigt würden, sondren auch darum angemessen, sich in's Mittel zu legen, und den, der ein solches arbitrium übernommen, zu zwingen, der übernommnen Verbindlichkeit nachzukommen, damit diejenigen, welche ihn als einen rechtlichen Mann zum Schiedsrichter erwählten, sich nicht nun betrogen sehen sollten (4). Auf der andren Seite war jedoch die Verbindlichkeit des Arbiters (5) ein Urtheil in der Sache zu fällen, davon

1) Paulus, V, 5 §. 1, L. 2 D., L. 1 C. h. t., L. 3 C. de jurisdict. (3. 13).

2) L. 3 pr., 32 §. 7 D. h. t..

3) L. 3 §. 2, L. 15 D. h. t. Qui arbitrium pecunia compromissa receperit, eum sententiam dicere cogam, so ungefähr mag sich das Edict ausgedrückt haben, Noodt, Comment., h. t..

4) L. 3 §. 1, L. 32 §. 12 D. h. t., Noodt, l. c..

5) Dieser ist weder mit dem vom Prätor zuweilen gegebenen Arbiter (Malblanc, Consp. R. J. R. G., §. 9,), noch auch

nothwendig bedingt, daß strenge Gewißheit vorhanden war, seinem Urtheile werde Folge geleistet (1), welches durch das gegenseitige Versprechen einer Strafe auf den Fall des Ungehorsams, und zwar in der Regel durch Stipulation bewirkt ward (2). Der Arbiter hatte sich aber genau in den ihm vertragsmäßig angewiesenen (3) Gränzen zu halten (4), nur konnte seine Befugniß nach eigner Einsicht zu erkennen nicht beschränkt (5), er auch, so bald das Compromiß, selbst nur für einen Theil, unverbindlich ward, einen Spruch zu erlassen nicht gezwungen (6), ja, nach beendigtem Compromiße ein solcher nicht mehr von ihm erlassen, deshalb auch ein vom Arbiter einmal erlaßner Spruch nicht nachmals von ihm abgeändert werden (7). Das Compromiß durfte so wenig als der Ausspruch eine Unbestimmtheit, Unerlaubtes oder Unmögliches enthalten, weil alles eben auf die Erlan-

---

mit dem von den Glossatoren sogenannten Arbitrator (Thibaut, §. 155,) zu verwechseln, GIPHANIUS, ad L. 1 C. de appellat. (7. 62), VINNII, Sel. quaest., I, 16.

1) L. 11 §. 2 — L. 13 §. 1, D. h. t..

2) L. 3 §. 2, L. 11 §. 2 — L. 13 §. 1, L. 17 pr., L. 32 pr., §. 2, 3 D., L. 1, C. h. t..

3) L. 32 §. 15, 21 D. h. t..

4) L. 13 §. 3, L. 14, 17 §. 2, L. 18, 21 §. 4—6, 8, 10, L. 25 pr., 27 §. 3, L. 32 §. 15, L. 33, 45, 50 D., L. 1 C. h. t..

5) L. 17 §. 3, L. 19 pr. D. h. t..

6) L. 17 pr., 32 §. 1 D. h. t..

7) L. 19 §. 2, L. 20, 34 §. 1 D. h. t..

gung einer gewissen Entscheidung berechnet war (1). Gegen des Arbiters Ausspruch fand keine Appellation, und nur vermittelst der clausula und exceptio doli mali Abhülfe statt (2), denn er erlangte keine Rechtskraft (3) und war nicht eigentlich ein richterlicher Spruch (4), der Arbiter hatte nur Aehnlichkeit mit dem eigentlichen Judex (5) und einige Bestimmungen mit ihm gemein (6). Wer in einer Sache zum Judex ernannt war, durfte in derselben nicht das arbitrium übernehmen (7), auch konnte der Prätor ihm gleiche oder höhere Magistrate zur Erfüllung allenfalls übernommner schiedsrichterlicher Verbindlichkeiten unmöglich zwingen (8). Ward auf zwei compromittirt, und konnten dieselben nicht einig werden, mußten sie einen Dritten wählen, der den Ausschlag gab (9). War im Compromiße keine bestimmte Strafe

---

1) L. 17 §. 5, L. 19 §. 1, L. 21 §. 3, 7, 11, L. 23 §. 1 D. h. t.. Erstere Gesetzesstelle wird von vielen ohne Grund misverstanden, G. L. Boehmerus, Electa J. C., I, 14, c. 1, §. 10 sqq..

2) L. 27 §. 2, L. 32 §. 14 D., L. 1, 3 C. h. t., L. 76 D. pro socio (17. 2).

3) Oben p. 137, Nota 1.

4) L. 13 §. 5 D. de his, qui notantur (3. 2).

5) L. 1, 32 §. 9 in fi. D. h. t., L. 81 D. de judiciis (5. 1), L. 9 C. T. de infirmandis his (15. 14), arg. L. 14 pr. C. de judiciis (3. 1).

6) L. 5—8, 41, 51 D. h. t.

7) L. 9 §. 2 D. h. t..

8) L. 3 §. ult., L. 4 D. h. t..

9) L. 17 §. 6 D. h. t..

ausgedrückt, und nur allgemein dem Spruche Folge versprochen, konnte gegen den Ungehorsamen auf das Interesse geklagt werden (1).

§. 3.

Fortsetzung.

Der Einfluß des christlichen Glaubens auf die Legislation äußerte sich vielfach, insbesondre ward der Eid gleichsam ein Mode-Artikel derselben.

Bei Compromißen scheinen statt Pönalstipulationen Eide in Gebrauch gekommen zu seyn. Kaiser Justinian verordnete, wo urkundlich erwiesen oder nicht in Abrede gestellt sey, daß von Seiten des Arbiters und der Partheien, oder jenes auf dieser Verlangen oder endlich dieser allein der Vertrag eidlich bestärkt worden, solle aus dem schiedsrichterlichen Ausspruche nach Gestalt der Sache eine actio in factum, in rem utilem oder condictio ex lege erwachsen (2); eine actio in factum erwuchs überhaupt aus einem solchen gegen diejenige Parthei, die ihn genehmigend unterschrieben (3), nicht minder eine exceptio gleichsam pacti (4), dies ward auf einen durch der Partheien

---

1) L. 27 §. ult. D. h. t. vergl. m. L. 3 D. si quis in jus vocatus (2. 5).

2) L. 4 pr. — §. 6 C. h. t..

3) L. 4 §. 7 C. h. t..

4) L. 5 pr. C. h. t..

zehntägiges Schweigen bekräftigten schiedsrichterlichen Ausspruch (sententiam silentio roboratam) im allgemeinen ausgedehnt (1). Die schriftliche Verhandlung vor dem Schiedsrichter unterbrach die Verjährung, wie der vor dem ordentlichen Richter begonnene Rechtsstreit (2), auch durften vor diesem vor jenem gepflogene Verhandlungen überhaupt benutzt werden (3). Auf ein Frauenzimmer konnte nicht gültig compromittirt werden (4). Das als jusjurandum judiciale angeordnete Formale und der Advocaten-Eid fanden auch bei schiedsrichterlichen Verhandlungen statt (5). Nachmals sah Kaiser Justinian sich jedoch genöthigt, den blos Meineide veranlaßenden an sich keine genügende Sicherheit gewährenden Gebrauch des Eides bei Compromißen zu untersagen, vielmehr sollen Schiedsrichter nur unter einer Strafe erwählt, von deren Ausspruch jedoch gegen Erlegung dieser Strafe abgegangen werden dürfen, im übrigen es bei den älteren gesetzlichen Vorschriften sein Bewenden behalten (6).

---

1) L. 5 pr. cit.,
2) L. 5 §. 1 cit..
3) L. 5 §. 2 cit.
4) L. 6 C. h. t.,
5) L. 14 C. de judiciis (3. 1).
6) Nov. 82, c. 11, Auch die in Nov. 113, c. 1, §. 1 enthaltne Verordnung thut des Schiedsrichters mit Erwähnung. Es hätte übrigens zu weit geführt, hier von der ursprünglich wohl hierher gehörigen geistlichen Gerichtsbarkeit zu handlen.

§. 4.

Spätere Gesetzgebung.

Diese Lehre verliehrt im kanonischen Rechte alle Haltung und Consequenz; einzelne Bestimmungen des römischen Rechtes werden zur Anwendung gebracht, eigentliche höchste Prinzipien aber selten aufgestellt. Das Compromiß kann sowohl durch Conventionalstrafen als eidlich bestärkt werden (1); Berufungen von schiedsrichterlichen Aussprüchen nahmen wenigstens die Päbste ohne Anstand an (2); jede Magistratsperson, selbst der competente Richter konnte zum Schiedsrichter erwählt werden (3), sogar Frauen, denen Jurisdiction ohnehin zustand (4).

Sonst kann, was diese Lehre betrifft, sowohl hinsichtlich der päbstlichen als deutschen Gesetzgebung auf G. L. Böhmer (5) und Glück (6) verwiesen werden, deren ersterer historisch gründlicher abhandelt und richtiger sondert.

---

1) C. 2, 9, 13 X de arbitris (1. 43).

2) Wie das aus den einschlagenden Titeln der kanonischen Gesetzbücher hervorgeht.

3) C. 5 X eod.. Gonzalez Tellez ad h. c., Nota g.

4) C. 4 X eod..

5) L. c., c. 2, 3.

6) Commentar, VI, §. 475 sqq..

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Werner.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Goldschmidt, Karl Leopold

Abhandlungen aus dem deutschen gemeinen Civilproceße

Frankfurt am Main 1818

J.pract. 93 sc
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554129-6